INFORMACION QVE DIXO EL D. D. MIGVEL GERONIMO MARTEL,

Chantre de la Santa Iglesia de Zaragoça.

ANTE EL TRIBVNAL DE LA CORTE DEL Señor Iusticia de Aragon.

EN EL PLEYTO DEL LVGAR DE ALFOZEA.

Por Don Agustin Batista Seron su Tio.

SI Es tan poderoso el vso, y exercicio de orar en las causas, que dixo el menor de los Plinios, y el mayor de los Ingenios, *lib. 6. ep. 24. Vsum esse, & haberi optimum dicendi magistrum. Video etiã multos paruo ingenio, literis nullis, vt benè agerent, agendo consequutos.* Faltandome ingenio, letras, y exercicio, como podrè escusar de temeridad, y desacato, esta accion de hablar delãte vn supremo Senado? pero seame defensa la q̃ pro Q. Ligario vsò Ciceron; *Sed si crimen est*, dize, *certè necessitatis crimen est, non voluntatis*: Murieronsele a D. Agustin Batista todos los Aduogados, q̃ en la Real Audiencia patrocinaron su justicia, y obtuuieron; y murio poco ha el Dotor Iuan Batista Canet, que despues auia entrado y tomado a su cargo esta Informacion; quedòle entonces solo el patrocinio del Dotor Frãcisco Lamata, superior sin duda a mayores empresas, pero en

tā breue tiēpo no lo ha tenido, cō la falta de salud y sobra de ocupaciones, aū para leer las informaciones, motiuos, y dudas de los Tribunales en q̄ se ha disputado esta causa, cuyo despacho solicita la otra parte con gran priesa, mostrandose indispensable en dar tiempo para su examen, Tacito 2. annal. dixo: *Veritas, visu, ac mora; falsa, festinatione, & incertis valescunt*. En esta angustia, pues, y ahogo, solamente me he hallado yo con algunas noticias de lo que passò en la Real Audiencia, dōde asisti a mi pariente, a cuyas instancias y desconsuelos no he hallado como decentemente escusarme. Desdicha es suya, que tenien do tā grandes Aduogados, venga el lance jugado de modo q̄ no le puedan valer; y mia, el auerlo de hazer, sin tener como satisfacer a tal empeño, y assi puedo con verdad dezir: *Sed si crimen est, certè necessitatis crimen est, non voluntatis.* Mas como pudiera yo voluntariamente entrar en esto (a mas de la cortedad de mis prēdas y apretura del tiempo) previendo q̄ no auia de hallar aqui el lugar que pudiera tenerme contento; pero sin embargo estarèlo si lo hallo en la generosidad de vuestros animos, P. C. en los quales, como Tiberio sus aras, y estatuas, deseo yo tenga buen puesto mi Informacion: *Hæc mihi in animis vestris templa, hæc pulcherrime effigies, & mansure*, Tac. 6. *an.* Y en esta confiança comienço mi Informacion.

Num. 1. Estado de la causa, quando se mouio el punto del vinculo.

EStando esta causa en la Real Audiencia, en el articulo de firmas, en la aueriguacion sobre los motiuos de la sentencia, y confirmacion del processo de lite pendēte, y en los vltimos tercios de su decission, descubri nueuo punto en hecho no disputado, ni tocado hasta entonces, ni en las informaciones, ni en los motiuos de las sentencias;

elas; que mucho si quien a los principios del pleyto sacò el hecho del processo, no dio en èl; y los Aduogados escriuieron sobre aquel hecho.

El punto nueuo consiste, en que estos bienes llegaron a D. Isabel en fuerça de vinculo, con obligacion de disponer en sus hijos, y assi (auiendole sobreuiuido D. Luys) no pudo vender el lugar de Alfozea, con que, si esto fuesse assi, cessan todas las disputas, y questiones mouidas en las informaciones, y motiuos, sobre si fue simulada, o verdadera, y valida la vendicion, y sobre el reconocimiento de Pedro de Altarriba. Num. 2. Que si el vinculo entra, es ociosa la disputa de todo lo demas tocante a la vēdicion.

Dixe, que auia descubierto este vinculo a lo vltimo de las disputas; y assi teniendo ya antes tres de los señores del Consejo tomada resolucion à fauor de mi parte por los puntos antiguos de la simulacion de la vendicion, y retrocessión, no les parecio que su sentir necessitaua deste nueuo motiuo, particularmente que este no se dirigia en nada al fomento de los otros que miran a la vendicion, supuesta la potestad en la vendedora, y este no mira a la vendicion valida, o inualida, sino a la falta de poder en la vendedora, a que se juntò el no querer sin necessidad declararse sobre este punto, por pender en la misma Audiencia otro pleyto sobre lo mismo de la fuerça de la coniunctiua, *Et*. pero los dos señores que sintieron por la vendicion, tuuieron necessidad de ajustar el poder en la vendedora, y assi emplearon gran parte de sus motiuos en deshazer el vinculo, començandolos por èl; y yo siguiendo el mismo orden, comiençو mi informacion por el vinculo, que si corriere en el juyzio de V. S. llanamẽte, y sin contradicion, podrà escusar el cansancio y tiempo en las disputas antiguas, que si D. Isabel no pudo vender, no ay para q̃ examinarle el color a la vendicion. Num. 3. Razon porque los tres votos no motiuaron con el vinculo, y los dos motiuaron contra el.

Mi

Num. 4. Intento del que escriue, y modo como se porta en esta Informacion.

Mi desinio en esta informacion se encamina solamente a responder a los motiuos de los dos señores que sintieron contra mi parte, pues solo de essos se hizo caso en la Audiencia, aun por los que sintieron contra D. Agustin Batista con atencion a lo que V. S. fuere seruido proponer.

Hecho del vinculo.

Num. 5. Vinculos dexados en el testamento de Iuan.

Iuan Diez de Aux, señor de Alfozea, y abuelo de D. Isabel, en su vltimo testamento, que està en processo fol. 107. dexò estos bienes vinculados a su hijo Martin, para que en caso de morir Martin menor de edad, y sin hijos legitimos, y descendiẽtes de ellos legitimos, sucediesse su otro hijo Iayme, si viuo fera, con el mismo vinculo; y en falta dèl, y sus hijos, y descendientes legitimos, Miguel Iuan su otro hijo, si viuo fera; con el mismo vinculo; y en falta deste, y de la misma forma llama à su otro hijo Pedro, y en falta dèl, y de la misma forma llama à sus dos hijas Isabel, y Teresa, de mayor en menor, con obligacion de disponer aquellas, cada vna en su caso, en sus hijos varones legitimos.

Num. 6. Espiran los vinculos de Iuan.

Martin, hijo de Iuan, murio sobreuiuiendole Martin, y Isabel (que es la vendedora) y Beatriz sus hijos legitimos, cõ q̃ espirò el vinculo de Iuan.

Num. 7. Vinculos de Martin, testamento de Martin.

Este Martin, hijo de Iuan, dexò en su testamẽto esta clausula: *Dexo heredero mio vniuersal de todos los ditos bienes al dito Martin fillo mio, al qual le dexo los bienes sitios que fueron de mi padre Iuan Diez de Aux, los dexo con los vinculos puestos en el testamento del dicho mi padre, y los que fueron de mi abuela Iayma de Bielsa, con los vinculos puestos en el testamento de mi abuela.*

Num. 8. Muere Martin mayor de edad, pero sin hijos, sobreviuiẽdole su hermana.

Martin segundo, hijo de Martin, y nieto de Iuan

Iuan murio sin hijos, como està prouado en processo, sobreuiuiendole su hermana D. Isabel.

Doña Isabel murio ab intestato, sobreuiuiendole D. Luys su hijo, de quien tiene el derecho Agustin Batista. Num. 9. Muere D. Isabel ab intestato, sobreuiuiẽdole su hijo D. Luys.

Desto resulta, quod vincula apposita in testamento Ioannis, referidos por su hijo Martin en su testamento, por virtud de la indefinita, *los dexo con los vinculos puestos en el testamento de mi padre*; refiriendose en aquel relatiuo *los*, (que tambien es vniuersal por lo indefinito) à los bienes sitios que fueron de su padre, censentur repetita in testamento Martini; quoad bona, quæ fuerunt Ioannis sui parentis, *ex vulgata regul. l. asse toto. ff de hæred. instit. vbi omnes*: Y asi auiendo llegado el caso de auer muerto Martin segundo, hijo de Martin vinculante, y nieto de Iuan, sin hijos, llegò el caso de purificarse la condicion a fauor del sustituto, de que se sigue que D. Isabel sucedio, con obligacion de disponer en hijos suyos legitimos, y asi que no pudo vender el lugar de Alfoçea, quitandole a D. Luys la libre disposicion, y a sus herederos ab intestato (por cuyo derecho se incluye mi parte) el derecho que de iure les compete. Num. 10. Que se purificò la condicion de D. Isabel, y deuia disponer en su hijo, y no pudo vender.

A este vinculo se responde en los motiuos contrarios dos cosas; la primera, que illa verba *los dexo con los vinculos puestos en el testamento de mi padre*; non sunt inductiua nouorum vinculorum ad similitudinem positorum in dicto testamento Ioannis, sed declaratiua tantum voluntatis testatoris volentis, antiqua remanere, provt extabant. Num. 11. El motiuo contrario responde, que no quiso hazer nueuos vinculos similitudinarie, sino que quedassen como estauan.

La segunda que consta, que Martin segundo murio mayor de edad, aunque sin hijos, y el vinculo està dexado debaxo de las dos condiciones copulatiue; y asi que no auiendo muerto menor de edad, aunque aya muerto sin hijos, caduco el fideicomisso, que pidia el cumplimiento de las dos condiciones copula- Num. 12. Segunda respuesta del motiuo, que no se purificaron las cõdiciones, no auiendo muerto Martin menor, porque la copula *Et* pide el cõcurso de ambos copulados.

tiue, de morir menor, y sin hijos y descendientes legitimos.

Si la relacion a los vinculos del testamento de Iuan fue real, ò similitudinaria.

Num. 13. En quanto a lo primero, la question que mueuen los DD. es, si la relacion hecha a los vinculos del testamento del padre se ha de entender en toda su iden tidad y sustancia, comprehendiendo las personas mismas substituydas en el relato, ò ad similitudinem tantum, esto es como dixo *Casanat. vbi prox.* an illa verba *con los vinculos grauamines è condiciones* intelligantur in abstracto, vel in concreto, in abstracto scilicet ita vt solum censeatur facta relatio ad formam nudam, & à personis abstractam, an verò censeatur facta relatio ad formam in concreto, idest ad formam respectu earundem personarum, quæ per vincula antiqua vocabantur.

Num. 14. Tratala Casanate llanamente, y resuel uela por lo similitudinario, y obtiene.

Tratò en terminos esta question docta, y grauemẽte *Casan. cons.* 56. diziendo con ingenio grande, y distincion clara, y copiosa dotrina, quantas razones, y trayendo quantas autoridades hablaron en el punto; *y me persuado* dixo el Licenciado Gonçalez (doctissimo Aduogado de la otra parte) en su alegacion, *no ay otras que alegar, pues no se le ofrecieron a la mucha noticia de Castillo, lib. 4. cap. 43. num. 5. que tocando la duda se remite a Casan. in dicto loco*, y resoluiola Casanate por lo similitudinario, y confirmò su sentir la sentencia.

Num. 15. Que la question entra en caso dudoso, no en caso claro ex verbis, vel ex dispositis.

Tratàra de examinar los fundamentos de ambas opiniones (sobre que plenè Casanate) si la question tuuiere entrada en nuestro caso, pues en ella los mas solidos fundamentos y la vitoria està por lo similitudinario; pero no me he de dexar lleuar deste alago para in-

introducir queſtion y diſputa donde no la ay, ni tiene entrada eſta queſtion diſputada entre Socino junior, que eſtà por lo ſimilitudinario, y Decio por lo real, pues como dixo *Caſan. num. 15. Tota controuerſia inter Decium & Socinum eo reducitur, vt ſi ex verbis, vel diſpoſitis conſtare poſsit, diſponentis ſenſus quod verba relatiua intelligantur, ſecundum veritatem, vel per ſimilitudinem & tunc vlterius dubitãdum non ſit; ſi vero ſumus iu dubio,* que eſſe es el caſo de la queſtiõ y diſputa, *opinio Socini admittenda ſit, vt ea verba ſolum ſimilitudinem inducant, ita prudenter vtramque opinionem Decij, & Socini, concordando diſtinguit, Pereg. de fideic. art. 16. nu.* 114. vbi in fine dicit quod in re dubia opinioni Socini magis ad hæret, veaſe *Caſanate nu.* 21.

Veamos aora ſi eſtamos en el caſo dudoſo donde entra la queſtion, ò en caſo claro, donde manifieſtamente ſe conoce ex verbis, que la relacion no es en concreto y real, y aſsi ſegun los DD. de ambas opiniones ſe ha de entender *ſimilitudinarie*, que en eſto concuerdan. Aqui Martin expreſſamente dexa heredero a Martin ſu hijo, eſte no es de los llamados en el teſtamento de Iuan, ni los demas ſubſtituydos en el teſtamento de Iuan eſtàn ſubſtituydos a eſte ſegundo Martin, ſino a Martin el primero, en caſo de no dexar hijos; luego con euidencia literal ſe ſaca, que no quiſo hazer relacion real, reſpecto de las miſmas perſonas, llamadas en el teſtamento de Iuan ſu padre, ſino a la deſnuda forma y in abſtracto, eſto es *ſimilitudinarie*, iuxta teoricam, *Bart. in Extrauag. ad reprimendum virbo provt lit. A. de qua Caſanate, dict. conſ. 56. num.* 18. Mas como es poſsible que nos perſuadamos, que Martin en falta de ſu hijo, excluyendo a los demas hijos, prefirieſſe y llamaſe a los tios. Va otra prueba ex diſpoſitis. Num. 16. Que ex verbis eſtamos en caſo claro de lo ſimilitudinario.

Para que ſe pueda dudar, ſi vno quiere inducir nue Num. 17.

Que ex dispositis estamos en caso claro de lo similitudinario.

uo fideicomisso por la relacion, ò sin inducir nueuo fideicomisso quiere que en lo que el dispone sucedan los del fideicomisso antiguo relato, es necessaria existencia real del fideicomisso relato, y que relatamente aya quien en virtud de aquel fideicomisso suceda, y entonces entra la question, si estos mismos que suceden en virtud del fideicomisso dexado en el testamento relato, han de entrar a suceder en lo dispuesto por el testamento referente, ò si no han de ser estos mismos sino otros, ad normam & similitudinem vinculorum relatorum, pero quando el fideicomisso antiquo relato està ya extinto por la deficiencia de la condicion, y ya en el testamento del abuelo no ay fideicomisso en concreto, sino vna desnuda forma abstrayda de las personas, no puede entrar la duda, de si entonces se entiende la relacion real in concreto, ò similitudinaria in abstracto, pues falta el termino real y concreto que necessariamente supone la question, y queda por lo similitudinario sin disputa.

Num. 18. Aplicacion de lo dicho ex dispositis a nuestro caso, y que conforme ambas escuelas se ha de entender similitudinarie.

En nuestro caso estaua ya extincto el fideicomisso del testamento de Iuan, porque Martin su hijo auia muerto con hijos, y assi no auia ya fideicomisso en cõcreto y real, sino vna sombra y forma desnuda, y separada de las personas por la deficiẽcia de la condicion de morir sin hijos, luego en nuestro caso pues falta sugeto, no puede entrar la question, sino que sin entrar en los terminos de su disputa se ha de resoluer por lo similitudinario, tàm ex verbis, quàm ex dispositis, en que conuienen ambas escuelas.

Num. 19. Conformase el motiuo con que la relacion no pudo ser real, pero que el testador la hizo errore ductus.

Apartase de ambas el motiuo; y confessando, que por lo dicho la relacion en nuestro caso no puede ser real y propia, por estar extincto el fideicomisso del testamento de Iuan, no quiere darle a las palabras relatiuas el sentido que tienen per similitudinem, que le atribuyen en este caso todos los DD. punctim *Crauetta* (que nos lo traẽ por contrario) *cons. 986. nu. 58. & 59.*

59. omnino videndus, y quiere dexar estas palabras sin que obren efecto alguno, como si puestas no fuessen contra lo expressado en la carta, con motiuo de que se ha de creer que las puso el testador *errore ductus*, pensando que aun durauan los vinculos antiguos, *propter quod noluit alia de nouo subrogare.*

Señor, esta manera de interpretar las disposiciones, dexandolas sin efecto alguno, y por puestas por error, y en nuestro Reyno, y mas quando tienen su sentido llano y corriente, admitido aun por los DD. contrarios, que se han de entender similitudinarie, quando la relacion no puede entenderse realmente, *vt ex d. Craueta*, la remito al juyzio de V. S. que yo no me atreuo a censurarla.

Num. 20. Ponderase el modo de responder el motiuo, y descubrese q̃ no puede entrar la interpretacion del error, aun quando no resistiera la letra

El motiuo pone el error de Martin, en que pensò que los vinculos antiguos duraban; porque creyò Martin que no se auian caducado, por el defecto de la condicion, sino que aun perseueraban en su fuerça, y que por esso no quiso hazer nueuo fideicomisso, sino estar al antiguo: Si esto pensara Martin, fueran todas aquellas palabras ociosas, y inutil la distincion, que haze de los bienes de su padre y abuela, pues estando el cierto (mediante el error que supone en Martin el motiuo) que los vinculos de los testamẽtos de su padre y abuela durauan en aquellos bienes, era respecto de ellos ociosa y inutil su disposicion, y todas aquellas palabras *con los vinculos, &c.* sin efecto, cum verba in omni actu ita accipienda sint vt aliquid operentur, *l. si quando de leg. 1. vbi communiter omnes, cap. si Papa, in princip. de priuil. in 6. l. si stipulatus, ff. de vsur. Alex. lib. 2. cons. 12. num. 14. & cons. 36. num. 7. Simon de Pset de interpræt. vlt. vol. lib. 2. interp. 3. dub. 2. fol. 5. & qualibet silaba sine effectu non existimanda glos. in l. pri. quod met. caus. Bald. in rubr. num. 9. de contra empt.* y esto aun en materia odiosa, *Casan. cons. 15. nu. 57. Sesse dec. 64. nu. 24.* pues para que auian de ser

Num. 21. Respondese a lo del error, y se procura satisfacer a las dudas que inter informandum se han ofrecido.

todas aquellas clausulas y distincion de bienes? y le pudieramos dezir cō *Plin.2.epist.9.lib.1. Satius est ociosum esse, quam nihil agere.* Que si bien el que està dudoso, de si los bienes sobre que dispone estàn vinculados, ô no puede sin ociosidad dezir, *dexo estos bienes con los vinculos que tuuieren*, que en efeto es dezir, *dispongo si puedo*; pero estando cierto Martin (como supone el motiuo) de que los vinculos del testamento de su padre no se auian caducado, sino que permanecian en su eficacia; fuera desproposito el ponerse a disponer sobre bienes en que el creìa que no tenia disposicion, gastando tantas palabras sin fin, ni efecto alguno. En el que dispone de vnos bienes que estàn sugetos a vinculo, bien se arguye el error, de que creyò que no lo estauan, pues dispuso, y nadie se presume que dispone de cosa agena, pues todos los actos humanos requieren poder y voluntad. Pero en el que dispone con relacion a vinculos de testamento cierto y determinado, (como Martin) y la relacion a los vinculos, la pone solamente sobre aquellos bienes mismos del testamento relato, *con los vinculos puestos en el testamento de mi padre* (lo qual se haze breuitatis causa, como dixo *Casan.cons.47.num.107.*)

Lo que de tal disposicion se arguye en orden a la voluntad del testador, es, que cree que ay vinculos, pero ya caducos, y in abstracto; esto es, vna desnuda forma de vinculos ya extinctos en concreto, y por consiguiente que el tiene yà aquellos bienes libres, de los quales quiere disponer, sugetandolos de nueuo a fideicomisso, lo qual puede suceder en dos maneras. Vna, quando quiere el testador con nueuo llamamiento llamar aquellas mismas personas, llamadas por el testamento relato, dando nueua vida à aquel fideicomisso cadaber, por la deficiencia de la condicion, como sucediera, si el fideicomisso de Iuan se huuiera dexado debaxo de cōdiciō, *si intestatus decesserit institutus*; Y tes-

testando el instituydo Martin (con que quedaua caduco el fideicomisso) dixera, *quiero que sea mi heredero Iayme Diez de Aux mi hermano;y respeto de los bienes que fueron de mi padre, quiero que estèn afectos a los vinculos puestos en el testamento de mi padre*. En este caso, en que no se añadia cosa en la disposicion nueua, que no estuuiesse en el relato, entra la question de si es real; esto es, que el fideicomisso caduco lo reualide el testador, respeto de aquellas mismas personas que estuuieron llamadas en el relato;y parece que la relacion en tal caso fuera à aquellos mismos vinculos,respeto de aquellas mismas personas llamadas en el testamento de Iuan,en las quales el nueuo testador quiere reualidar, y dar nueua vida à aquellos llamamientos yà inutiles,y assi en este caso fideicomissum inducitur, & succeditur in eo ex vltimo testamento, non ex testamento relato; y sin embargo que es real, y in concreto la relacion, el vinculo es nueuo, & inducitur ex noua dispositione valida iuncta cum antiqua iam inutili, vel caduca,como sucede en la repeticion de vn acto inualido, hecha en otro acto valido, ordinato ex se ad illum effectum,que queda valida non ex actu primo,sed ex vltimo, *Grat.discept.for.cap.*312. *nu.* 53. O puede suceder la relacion de otra manera, esto es, quãdo el testador quiere que en aquellos bienes que estuuieron en el relato afectos a fideicomisso condicional ya caducado, sucedan debaxo de aquellas condiciones y vinculos,no aquellas mismas personas llamadas arriba,sinò otras diferentes,ad similitudinem, & normam del antiguo testamento, y esta es similitudinaria,y in abstracto.

Y para conocer qual destas relaciones entra,se trae la teorica Magistral de Bartulo,de que hizimos mencion *num.*16 que asienta, que siempre que en el referente se añade, aliquid diuersum ab eo, quòd primo positum fuerat es similitudinaria, vease à *Barb. de*

diction.

diction. dict. 296. *num.* 15. como sucede en nuestro caso que se añade nueua persona, que no está comprehendida en los antiguos vinculos, y esta relatim similitudinaria ad ea refertur ad quę adaptari potest, cum fieri ad omnia nequeat, *vt Crau. vbi supr.* y se dirà en nuestro *num.* 111. idem *Barb. eodem nu.* 15. luego en nuestro caso en que dispuso Martin, vinculando no sus bienes propios, sino los de su padre, con los vinculos puestos por su padre que ya tenia libres, por auer caducado el fideicomisso, por la deficiēcia de la condicion de morir él sin hijos (pues en su testamento la supone, dexando heredero a su hijo) no se puede sacar presuncion de que el pensò que durauan los vinculos, certeza si, de que el sabia que auia en el testamento de su padre vinculos in abstracto, esto es ya caducos por la deficiencia de la condicion, y por esso de nueuo disponia dellos, con relacion similitudinaria a los vinculos del relato, como en el estauan, que era vna sombra y figura de vinculos in abstracto, como si dixera Martin, los vinculos que caducaron del testamento de mi padre, con que dispuso entre sus hijos, me parecen a proposito para renouarlos entre los mios, pues esta relacion se haze breuitatis causa, como dixo *Casanat. vbi supr.*

Los casos de Socino junior, y Casan. donde disputan la question (aunque la deciden por lo similitudinario) son distintissimos de mi caso, donde no tiene entrada la question; porque en aquellos se supone fideicomisso relato, real, y eficaz, y personas que actualmēte estàn incidiendo por el, y que el nueuo testador dispone sobre otros bienes no sugetos à aquel fideicomisso antiguo, pero dispone dellos iuxta vincula antiqua; de suerte, que en estos casos de Casanate y Socino concurren dos disposiciones, relata y referente, que cada vna induce su fideicomisso distinto (que essa es la naturaleza del relato y referente, que re ipsa distin-

tingui debent, *Casan.cons.57. num.1.)* sobre bienes diuersos y libres; y entra la duda, sobre si en los bienes uinculados por el testamento vltimo iuxta vincula testamenti patris han de suceder aqnellas mismas personas que suceden en los bienes sugetos al vinculo antiguo, ò no hã de ser las mismas, sino otras ad normam & similitudinem de los vinculos, con que aquellas actualmente estàn sucediendo en los otros bienes; pero en el caso en que los bienes del testamento relato, y los de la disposicion son vnos mismos, no puede entrar la questiõ para el efeto de quo agitur, de si se quiere inducir nueuo fideicomisso, ò solo se quiere estar antiguo: La razon es, porque si dura el vinculo antiguo, aquel solo vale, sin atenciõ alguna a la nueua disposicion, pues seria disponer de lo ageno, el disponer de los mismos bienes que estan vinculados; y seria la relacion ad idem sin alteracion, ni distincion alguna, y de lo mismo a lo mismo identifice no puede auer relacion, ni real, ni similitudinaria, que esso seria identidad, que excluye la relacion, *Cas. vbi supr.* y seria sin proposito la question en tal caso. Y sino duràn los vinculos antiguos por auer caducado, es patente, que la vltima disposicion que halla los bienes libres, es la q̃ vincula, y siendo este, nuestro caso; pues confiessa el mismo motiuo, que re vera caducaron, no se le puede negar, sin violencia de la carta, à la disposicion de Martin, el nueuo fideicomisso ad similitudinem, & normã de los vinculos antiguos ya caducos, pues querer que ni vno ni otro valga, es ir contra la letra, que propria, ò impropriamente ha de significar en la disposicion; y aun *Craueta* que nos le traen por contrario en el *consejo 987. en la causa de Mozota n.* 8. asienta, que si la relacion no puede tener el sentido real, y especifico, ha de tener el generico y similitudinario, aunque *Casan.* siente *dict. cons. 47. num. 114. & 115.* que verba relatiua de sui natura inducunt similitudinẽ, y solo

en la graduacion de eſtos dos generos de relaciones, conſiſte la diſcrepancia de ambos, pero querer quitar le a la relacion todos ſus ſentidos, ſeria ir contra la letra, y ſentido corriente de las palabras del teſtamento de Martin, con fundamento, y preſuncion, de que errò el teſtador, creyendo que los vinculos antiguos no auian caducado. Pero eſta manera de interpretar los teſtamentos que deſtruye la carta ſin letra expreſſa, que per neceſſe ſe cócluya, y pruebe el error que ſe pretende; ſi ſe admitieſſe en Aragon, podriamos recoger los eſtatutos de eſtar a la carta, y en nueſtro teſtamento dexa inutiles todas aquellas palabras con los vinculos, &c. A mas de que tampoco en terminos de derecho, error præſumitur, niſi probetur, *Alciato lib. 1. reſpon. conſ.* 43. & eſt diuinare dicere teſtatorem erraſſe, *Ieſ. in l. in pupilari num. 5. ff. de vulg.* y en nueſtro caſo (a mas de auer letra que induce el fideicomiſſo, ibi: *Con los vinculos, &c.* que en eſte caſo tiene el ſentido generico de los vinculos in abſtracto ſimilitudinarie) no ſolo la verdad aſiſte a que Martin tuuo los bienes libres, como aſienta el motiuo, *provt re vera caducarunt*, ſino la preſuncion, pues diſpuſo dellos, y nadie ſe preſume que diſpone ſobre bienes que tiene por agenos, y la preſuncion en el que diſpone eſtà por la libertad de los bienes.

Num. 22.
Que ni aun con el error que ſe ſupone ſe ajuſta la diſpoſicion de Martin.

Y quando ſin perjuyzio de la letra pudieran entrar las preſunciones del error, ni aun al que ſe ſeñala (que aun eſte error es diuerſo del que ſeñala el motiuo, en que ſe verà la incertidumbre deſte error, y ſu fundamento para deſtruir la letra del teſtamento) de que creyô Martin que ſus hijos y nietos pueſtos en condicion eran llamados en el teſtamento de Iuan, correſponde la diſpoſicion de Martin, pues conforme el error con que ſe pretende obrò Martin, auia el de llamar en ſu diſpoſicion a todos ſus hijos juntos (aunque deſpues entre ellos huuieſſe reciproca ſubſtitucion)

pues

pues todos juntos estuuieron puestos en condicion, fuera de que no ay razon que persuada este error, mas en Martin que en Iuan; y si Iuan le tuuo de suerte que conste que quiso llamar a los hijos y nietos de Martin puestos en condicion, en esse caso tuuieramos manifiesto el vinculo por el testamento de Iuan.

A lo que dize el motiuo non enim quod simile est idem esse censetur, es la pura de la verdad, pues de lo mismo a lo mismo, como dixo *Casanat: vbi supr.* no puede auer relacion, ni real y especifica, ni similitudinaria y generica, porque relatum & referens re ipsa distingui debent; y de ai se saca tambien, que queriendo hazer relacion Martin a los vinculos del testamento de su padre, como consta expressamente, ibi: *Con los vinculos puestos en el testamento de mi padre*, no puede ser lo mismo, idẽtifice el relato, y el referente, sino q̃ hã de distinguirse, como re vera se distinguẽ en nuestro caso, pues los vinculos del relato son vnos vinculos caducos y muertos, y los del referẽte son vinculos cõ vida y eficacia; pues viẽdole Martin cõ hijos, quiso reualidar en ellos aq̃llos vinculos ya caducos (*prout re vera caducarũt*, como dize el motiuo) cõ que su padre Iuan auia dexado los bienes a sus hijos: y pues añadio nueua persona en su institucion, y no es creible q̃ Martin quisiesse q̃ sus hermanos prefiriesẽ a sus hijos y por consiguiẽte, q̃ en este caso la relaciõ fuesse al llamamiento especifico de los hermanos (lo qual tampoco podia ser sin inducir nueuo fideicomisso) es preciso segun *Bart.* y aun segun *Craueta*, y todos, que aya de ser la relacion similitudinaria, para no dexar la letra sin efecto, y sin que obre, pues no puede auer interpretacion tan contra la carta, y esta relacion en esta forma la hizo Martin breuitatis causa, *Casanate cons.47.num.107.* y en el *num.114. y 115.* dize, que verba relatiua de sui natura inducunt similitudinem.

Num.23. Respondese al motiuo ibi non enim quod simile est idẽ esse censetur.

Concluyo este punto con lo que le concluye el moti-

tiuo, ibi: *Nec refert si dicatur, quod cum præfata vincula caducabantur, propter superviuentiam liberorum, provt re vera caducarunt, præsumendum est quod hoc sciens testator voluerit ea renouare aliàs inutiliter adiecta essent dicta verba, & sine aliquo effectu operandi: Nam respondetur, quod si id voluisset testator Clarius & expresius loqueretur?* Ergo suponitur per hæc comparatiua, quod noster testator clarè & expresè loquitur, *iuxta doctrinam Nauarr. in cap. cum contingat de rescrip. rem. 2. n. 19. vers.* Secũdo respondeo donde a la instancia q̃ se le hazia con lo q̃ dize *Innoc. in c. solet de sent. excom. lib. 6.* vbi ait, *tutius esse vitare excommunicatum etiam nuliter in familiari cumversatione.* Responde el doctissimo Nauarro: *Secundo respondeo Innocentium non dicere malum esse familiariter cõuersari cum excommunicato nuliter. sed tutius esse conuersari, per quod comparatiuum præsuponitur tutum esse conuersari, l. vbi autem, §. vsque adeo de ver. oblig. non enim tenemur eligere tutius, sed satis est eligere tutum, &c.* Suponiendo pues el comparatiuo del motiuo *Clarius & expressius*, que nuestro testador habla clara y expressamente, no puede sacar aquella ilaciõ, *non enim in dubio fieri debet ea interpratatio vt fideicomissum admittatur, imo contraria est iuris præsumptio*; porque no puede ser *in dubio* donde ay letra clara y expressa, y etiam en terminos de fideicomisso, se deue dar sentido a las palabras del testador, etiam extra propriam significationem, *verbor. iuxta regulam traditam in l. titia 34. §. 1. de leg. 2.* ibi: *Non sic interpratandam scripturam de qua quæritur, vt fideicomissum inutile fiat.*

Sobre la segunda respuesta del motiuo, fundada en la copulatiua, Et, *y insiere el motiuo perifraseado, y distinguido por §§.*

Num. 24. Siendo la relacion los vinculos puestos en el testamen-

mento de su padre similitudinaria, y que induxo nue-
uo fideicomisso, ad similitudinem del de su padre; re-
sta la segunda respuesta del motiuo, que dize que fal-
tò la condicion, por no auer muerto Martin el segun-
do menor de edad.

§ *Et licet ille*(dize el motiuo)*etiam decesserit sine fi-
lijs, ac descendentibus legitimis, hoc non obstat, cum sub
illis duabus conditionibus copulatis grauatus extiterit,
& vtramque necesse fuisset adimpleri, vt vocationi lo-
cus foret ex natura copulæ*, Et, *quæ vtrumque extre-
mum coniungit, & ideo Domna Elisabeta, non fuisse
simpliciter, & absolutè vocata in casu decedendi sine fi-
lijs ac descendentibus, sed iu casuquo grauatus in mino-
ri ætate decesserit, ac sine filijs &* d*escendentibus*, aqui
falta el *eorum*, con que comprehende los nietos del
instituydo, y bisnietos del testador; porque el *descen-
dentibus* solo, puede aplicarse a solos los hijos que tam
bien son descendientes del instituydo, *quia licet hæc
conditio* decedendi sine liberis, *sola de per se posita,
vtrumque tempus, minoris & maioris ætatis comple-
ctatur compendiosamque efficiat substitutionem, tamen
coniuncta cum illa* si in pupilari ætate decesserit, *res-
tringitur ex vi copulæ ad tempus dumtaxat pupilaris,
cum requirat existentiam duorum copulatorum, quod
contingere nequit nisi restringendo dictam conditionem,*
sine liberis, *ad tempus dumtaxat pupilaris ætatis, secũ-
dum D. D. veriorem & communiorem censuram* (ya
conferirèmos las razones y DD.) *substitutio quippe ad
certum tempus limitata, vltra illud produci & exten-
di non potest.*

Esto vltimo precissamẽte se aurá de entẽder por vn
tercero, pero al mismo testador quiẽ le prohibe el es-
tẽder su disposiciõ limitada, añadiẽdole todos los en-
sanches que el quisiere? y assi la disputa en nuestro ca-
so podra entrar sobre si por la condicion, *si sine filijs*,
quiso estender el testador a la mayor edad, su prime-

ra disposicion, limitada a sola la menor, no, sobre si pudo hazerse esta extension por el testador, y sobre esto parece caen ajustadas las palabras inmediatas del motiuo, *præsertim in Regno, vbi præcisse cartæ standum est.*

§ *Nec refragatur si quis obiecerit, quod restringendo conditionem* sine liberis, *ad tempus minoris ætatis, superflue videretur adiecta, cum certum esset, imo necessarium pupillum decedere sine filijs, ac descendentibus, atque ideo magis ad augendum & ampliandum grauamen, quam ad restringendum, & diminuendum censeri debere per testatorem appositam fuisse. Nam respõdetur quod licet secundum communem vsum generandi,* en la condicion nuestra *de sine filijs, & descendentibus eorum*; no ay que poner la cortapisa de *secundum communem vsum*, pues jamas se aurà visto que vn menor aya tenido nietos, quando quieran que aya tenido hijos, que es el fundamento de los mas de los DD. que dizen que conditio sine filijs verificatur in pupillo, quia non est impossibile pupillum generare; y assi en los terminos de nuestro caso absolutamente entra el *necessarium sit pupillum sine liberis decedere; inficiari tamen non potest conditionem* sine liberis *etiam in minori ætate verificari, cum eius tempus includat*, y por esto es compendiosa.

Lo que de aqui se saca es, que si Martin segundo muriera menor de edad, tambien en esse caso se verificaua en èl la condicion de morir sin hijos; porque esta compendiosa, como dize el motiuo, incluye tambien el tiempo de la menor edad, lo qual yo no niego, pues la admito por compendiosa.

§ *Nec ob hoc omnino superflua videtur copulata cũ alia decedendi* in minori ætate, *cum gratia maioris explicationis apponi potuit, quod sufficit ne inutiliter adiecta censeatur*; desseara saber qual esplica à qual, porque en *Casan.* de quien lo tomò el motiuo, la esplica-

da

da fue la *de morir sin hijos, y descendientes de ellos legitimos*, pero deste punto trataremos en el *num.* 103.

§ *Nec est ferendum secundum communem Doctorum sententiam, propter solam euitandam superfluitatem*, no es sola la razon de superfluidad la que concurre, como se dize en el *num.* 102. (aunque esta bastaua, pues dexar la letra sin que se signifique cosa, yà se ve quan contra la carta es) sino la repugnancia de los dos estremos, punto que toca el motiuo mas abaxo en el §. *rursus non obstat.*

§ *His accedit quod conditio* sine liberis, *non includit necessario potentiam habendi liberos, sed solum significat defectum, negationem, carentiam, seu non existentiam liberorum, & per consequens non habet locum argumentum de priuatione ad habitum, neque aliud quod est de natura conditionis, quod se habeat ad esse, & non esse.*

El argumento no puede dexar de tener entrada, vt patet, porque la consequencia es legitima de aquel antecedente, y asi la salida no puede ser esta de trãseat, porque ò estas reglas se han de negar por fallas, ò siendo verdaderas el argumento conuence contra la proposicion que asienta el motiuo; que la condicion sine liberis incluye negacion de hijos: la prueba que para esto trae es como se sigue. *Cum verum sit impotentem, castratum, & in sacris ordinibus constitutum, decedere sine liberis legitimis, & de legitimo matrimonio procreatis, quamuis ij omnes cõtrahere matrimonium vllo tempore nequeant*; aqui no se trae otra respuesta al argumẽto de las reglas que estos exemplos, quisiera entender si con ellos pretende el motiuo deshazer aquellas reglas, y las disposiciones de derecho en que se fundan; deste punto tratamos en el *num.* 62. y 66. siente la dificultad el motiuo, y asi añade.

§ *Et tandem licet in viam iuris propter varias D.D. sententias, opinio hac pati, possit aliquas contra-*

dictio-

dictiones, tamen in occurrenti casu, radicitus tollunt di ficultatem illa verba (si aqui pusiera el motiuo las pala bras *sin hijos y descendientes dellos legitimos*, es cierto que concluìa que estas radicitus quitan la dificultad, pues destruyen radicitus la opiniõ de los mas Docto- res que verifican la condicion *sine liberis* en el pupilo, quia possibile est minores filios procreare, por algu- nos casos raros que quentan, *vt ex Casan. cons. 4. nu.* 185. pero este punto lo ha passado en silencio el moti- uo) *Illa verba*, dize, *posita immediate post appositionẽ dictarum conditionum; scilicet* en el dito caso, *quæ res- trictiua sunt, & aperte denotant tantum in vnum ca- sum, substitutionem esse conceptam, non in duos, atq; ideo non alternatiue quæ duos complectitur; scilicet minoris ætatis, aut post eam decedendi, sine liberis*; parece que pa ra esto me he forjado el lugar de *Bart. in l. centurio de vulg. num. 26. vers. non videtur*, que pongo a la letra en el *num.* 85. a otro intento, leasse, y quedarà de passo llenamente, respondido esto, y la ilacion que saca; *propter quod apparet in hoc casu esse contra voluntatem testatoris se ipsum explicantis, cõiunctiuam resoluere in alternatiuam, cum sine manifesta violatione literæ fieri nequeat, siue necnon resoluere singularitatem in plurali- tatem.* Con esto como a enemigo yà vencido, con quien ya no se pelea, sino que se executa la vitoria, hie re el punto mas principal de la materia en esta forma.

§ *Rursus non obstat has duas conditiones necessario esse separandas, resoluendo coniunctiuam, in alternati- uam, cum simul stare nequeant, ex quo diuersa tempora respiciunt. Nam respondetur maximam diferentiam versari, an hæ duæ conditiones à testatore coniungãtur, vel alternatiue ab eo separentur.* ¶ Para q̃ se vea paten temente la eficacia del argumento, no ay sino aten- der a la respuesta (si bien no la puso el motiuo sin apo- yo y autoridad) porque si el argumento se ciñe a los terminos solos de coniunctiua, Y, y solo en estos es

ar-

arg umento, para que la respuesta se dilata a los termi-
nos de la alternatiua, O, sobre que no cae, ni puede
entrar el argumento? Pues la incompatibilidad de los
estremos, no pende, sino de la naturaleza repugnante
dellos; y si lo son, la, Y, no obra el concurso, y esse es el
argumento, que la, O, claro està; aunque no sean los
estremos repugnantes; y en el caso que por disposi-
cion de la ley, la, O, q̃ no pide el cõcurso, suena a, Y, pa
rece q̃ no aura distincion en esse caso de la, O, y la, Y:
Primo casu, prosigue, *stare simul possunt, quia conditio
decedendi* sine liberis *verificari potest in pupillari ætate,
licet longius tẽpus cõprehendat*, antes por esto solo, q̃ lõ-
gius tẽpus cõprehẽdit, potest verificari in minori æta-
te, como verèmos desde el *nu.72*. por algunos numé-
ros; y nuestra question no es sobre si muriendo Mar-
tin menor se verificara, o no, la condicion *sine liberis*,
sino si se verifica tambien muriendo mayor, pero sin
hijos; *ex quo enim testator eam copulauerit, cum condi-
tione decedendi* in pupillari ætate *voluisse censetur res-
tringere ad tẽpus pupillaris ætatis*, que esta sea restric-
cion de la letra de la condicion *si sine liberis*, que com-
prehende tambien la mayor edad, el mismo motiuo
lo confiessa, pero atribuye esta restriccion al poder y
eficacia de la diccion, Y, y si se puede poner a braço
partido (digamoslo assi) a luchar con la letra expressa
de la compendiosa *si sine liberis, & descendentibus*, y
quã debil sea su fuerça, se verà desde el *n.41*. por algu-
nos numeros. Prosigue el motiuo, *quando vero eas te-
stator, per alternatiuam, &c.* Esta distincion la tomò
el motiuo, *de Mod. in add.* al consejo 88. de *Alex. lib.
7*. en cuya explicacion tratarèmos del punto *nu.134*.
y de su respuesta.

Lo que se sigue en el *§. ex his etiam*, por tener dife- Num. 25.
rente inspeccion, aunque sea para este mismo punto, Reseruase para des-
tendra su lugar despues de auer tratado la materia de pues el *vers. ex bis*
este motiuo, glosandolo. *etiam.*

Num. 26. En esto me portarè, no atado a los rigurosos terminos de glosa, sino â aquellos que he juzgado son mas a proposito para la verdadera inteligencia de la materia, de que resultaràn las ilaciones para la respuesta del motiuo, y el poderse hazer juyzio del caso, y justicia de mi parte.

Estilo que se obserua en la glosa, y respuesta del motiuo.

Algunos fundamentos necessarios para el examen del punto.

Num. 27. Entramos yà a examinar, si la substitucion hecha en esta forma *si mi hijo muriere menor de edad, y sin hijos, y descendientes dellos legitimos*, se entiende tan solamente, si muere dentro la menor edad, o si tambien en la mayor, si muere sin hijos; para lo qual supongo los siguientes notables.

Num. 28. El primero; que la substitucion compendiosa se difine asi, quæ sub compendio verborum plures continet substitutiones, propter plura tempora differentes, v.g si filius decesserit, quam difinitionem, *ex Bart. & antiquioribus colligit insignis, Couarru. in cap. Raynūtius de testa. §. 9.* (donde trata esta materia magistraliter,) *num. 1: vers. difinitur autem, Ioannes Cephalus in l. centurio, ff de vlg. num.* 354. diciturque compendiosa, quia sub compendio verborum, plures continet substitutiones, *Fus. de subst. q.* 229.

Substitucion compendiosa, difinida.

Num. 29. Lo segundo supongo, illa plura tempora quo compendiosam substitutionem efficiunt, non alia esse, quā pupilaris ætatis, & pubertatis, *ibidem Couarru. versic. secundum, & sequen.* que alega â los antiguos, y lo dize el motiuo, *quæ minoris & maioris ætatis tempus cōplectitur, compendiosamque efficiunt.*

La compendiosa cōprehende la mayor, y menor edad.

Num. 30. Lo tercero; que las substituciones comprehēdidas debaxo la compendiosa, no son tacitas, sino literales, y express as, sed verbis generalibus, *idem Fusar. quæst.* 231.

Las substituciones comprehendidas en la compendiosa, son expressas verbis generalibus.

231.cũ longa antiquorum allegatione, *Couarruu. vbi supr. num. 3. vers. fit verò.*

Lo quarto; me ajusto con el motiuo, que la substitucion hecha al hijo menor, en esta forma, *si filius meus decesserit sine liberis*, es compendiosa, ora diga quãdocumque, ora no, *Ioannes Cephalus in dict. leg. centurio num. 354. Casanate cons. 46. num. 53. & 54. Fusar. de substit. quæst. 223. n. 18. Couarru. in dict. cap. Raynuntius §. 9. vers. vndecimo*; si bien *Narbona*, autor moderno, *in suis annalibus anno 14. q. 51.* con la autoridad de *Polito, Oldrado*, y *Iu. DecKehero* afirma, que la condicion *sine liberis* no conuiene a la menor edad; y que para q̃ entre el substituto, es necessario que muera el instituydo post pubertatem, y si bien confiessa que siguen lo contrario, viri non contemnende auctoritatis, sigue el esto por mas seguro. Y los cinco fundamentos que trae, los tẽgo por segurissimos. La disputa en mi juyzio, està en la aplicacion al caso, q̃ si V. S. entiende, que se aplican, con solo esso tengo vitoria; pues si la condicion *si sine filijs*, conforme *Narbona* solamente es comprehensiua de la mayor edad, y suena *si muriere mayor sin hijos*, en nuestro caso tendrà este sentido literal, *si Martin muriere menor y mayor sin hijos*. Pero porque yo deseo no exponer mi pũto a terminos de disputa, me ajusto (sine veri præiudicio) con el motiuo, a tenerla por compendiosa, y seguir mi discurso con este presupuesto. Num. 31. Que la substitucion sine liberis decessérit, es compendiosa.

De lo dicho claramente consta, que la substitucion *sine liberis*, en fuerça de la letra comprehende la menor y mayor edad, conforme asienta el motiuo, *minoris & maioris ætatis tempus complectitur*; de que se sigue, que auiendo muerto Martin segundo sin hijos, bien que mayor de edad, conforme lo expressado en la carta, llegò el caso de la substitucion. Num. 32. Illacion de lo dicho

El motiuo no niega el antecedente, pero niega la consequencia; porque quiere que tanta letra clara, no obs- Num. 33. El motiuo restriñe la segunda cõdiciõ, a solo el tiempo de la pùpilar primera especifica.

obstante q̃ estamos en Aragon, se aya de restringir al tiempo de la menor edad tan solamente, en virtud y fuerça de sola vna, Y, puesta entre aquellas condiciones, *si muriere menor de edad, y sin hijos, y descendientes dellos legitimos*, que dize el motiuo que requiere el concurso de los dos copulados, *quod contingere nequit, nisi restringendo dictam conditionem*, sine liberis, *ad tempus pupilaris ætatis secundum Doctorum veriorem & communiorem censuram.*

Algunos exemplos en el lenguage corriente de lo que obra la diccion, Y.

Num. 34. Antes de llegar al examen juridico, y a lo que en el punto dizen los Doctores, pues ius & norma loquẽdi penes populum est, *l. labeo de supellect. legat.* me ha parecido a proposito, segun el vso y estilo comun de hablar, proponer ante V. S. algunas proposiciones, entre las quales està la diccion, Y, y no suenan como dize el motiuo, ni nadie las entiende, y pronuncia en esse sentido.

Num. 35. Primero. Sea la primera, si vno que ha nacido en la Parroquia de San Pablo, y habita en la de la Seo, por la inclinacion al nacimiento y habitacion, dexa vn legado para casar pobres Parroquianas de San Pablo, y de la Seo; quien entendiere que la, Y, obra, el que han de tener domicilio juntamente en Sā Pablo, y la Seo las pobres para alcançar el legado, juzgue contra mi; y no es impossible el tenerlo.

Num. 36. Segundo. Pone vn Estatuto pena de açotes a quien entrare a hurtar vbas en el monte, y huerta; vease si estarà libre de la pena, en fuerça de la copulatiua, el que hurtare en sola la huerta, o solo el monte; porque seria gran simple, el que para grangear la pena, se fuesse copulatiuamente a hurtar en monte y huerta, y esto tampo-

co

co es impossible, pero es inuerisimil, que lo quisiesse el disponiente, como en el exemplo passado, y esso, y mucho menos, basta para excluyr el concurso, y tomarse en sentido alternatiuo.

Iba a poner entre los exemplos nuestro mismo caso, que no ay cosa mas clara, mirado a la luz de la razon natural, y estilo corriente, pongo en su lugar nuestro mismo caso, con la coniunctiua, O, (assi la llama la *l. cum quidam C. de verb. sign.* ibi coniunctionẽ aut pro & accipi) *si mi hijo muriere menor, ò sin hijos, o descendientes dellos*, entrarà el substituto, si muriere mayor, y sin hijos? conforme la regla que se nos dâ del cõcurso de los dos copulados, parece que no, pues la disiunctiua vel, en este caso sumitur pro, Et, per dispositionem, *l. generaliter, C. de inst. & subst.* y es cierto que extensio quæ ex litera locum non habet, habet propter dispositionem legis, *Casanat. cons. 4. num. 80.* Y sin embargo aun los mismos Autores contrarios confiessan, que la, O, no se puede conuertir en, Et, en este caso, por la incompatibilidad de estas dos condiciones, luego ni la, Et, significar el concurso; sino vease en el estilo mismo, como vsa el motiuo de la diccion, Et, pues dize que la condicion *sine liberis sola de per se posita vtrumque tempus minoris & maioris ætatis complectitur*; y parece que no querra dezir el motiuo, que aquel *maioris* se ha de restringir al *minoris ætatis*, en fuerça de la coniunctiua, *Et*. Num. 37. Tercero.

Vease al lenguage corriente, que se sentiria destas condiciones, *si mi hijo muriere dentro de los catorze años, y dentro de los veynte y cinco*; vean si querran que esta segunda condicion dentro *de los veynte y cinco*, comprehensiua de la menor edad, y de la mayor hasta los veynte y cinco, y por esso compendiosa iuxta communem Doctorum, *in l. centurio de vul.* en fuerça de la, Y, se restriña à solo los catorze años; porque es cierto, que el que muere dentro de los catorze años, Num. 38. Quarto.

mue-

muere tambien dentro de los veynte y cinco, ò si serà mas conforme a la letra y razon, que pues en la condicion añadida, *y dentro de los veynte y cinco* se comprehende la de morir dentro de los catorze, y de mas a mas, lo que ay de catorze a veynte y cinco, que quede comprehendida en la condicion de los veynte y cinco la de los catorze, pues cabe enteramente sin violẽcia y restriccion, ò que quieran que en la de los catorze aya de quedar comprehendida, reducida, y restriñida la de los veynte y cinco, que es impossible que enteramente quepa sin violentar la letra.

Num. 39. Luego, si en nuestro caso entre las dos condiciones se interpone la, Y, y quieren que en fuerça de la copulatiua se aya de embeuer, y reducir la vna dentro dela otra; la reducida ha de ser la que sin violencia cabe dentro de la otra compendiosa, *quæ minoris & maioris ætatis tempus complectitur*, como confiessa el motiuo, no la que para que quepa es menester cercenarle mas de la metad, quitandole la naturaleza de compendiosa, como enseñan las sumulas en la conuersion de proposiciones, quia in eo quod est minus, non potest contineri quod est plus, palabras puntuales de la *ley in eo* 110. *ff. de regul. iur.* etiam impropiè & largo modo, *Barto. in l. tutores* 39. *§. curator, ff. de administratione tutorum*; es estremado al proposito en terminos de substituciones, directa, y fideicomissaria, *Alex. Trenta cinq. de subst. c. 9. nu. 3. vers. octauo mouentur*: y assi la, Y, si estamos en caso de reduciõ, ha de reducir la pupilar a la compendiosa, donde tiene cabimiento y lugar, no la compendiosa à la pupilar, donde no cabe.

Sacase illacion, de q̃ si se ha de embeuer la vna en la otra, la reducida ha de ser la dela menor edad, que inest en la compendiosa, no la compendiosa a la pupilar sola en que no cabe.

Num. 40. Y las condiciones deuen cumplirse enteramente, prout iacent en la disposicion, sin restriccion, ni alteracion, nam cõditio debet adimpleri, in specifica forma, *l. mebius, l. qui hæredi, ff. de cond. & demonstr.* cum conditio non diuidatur, vt dixit *Cephalus in l. cẽturor. nu.* 683. y essa es la naturaleza del concurso, quod om

nes

nes debeant simul existere vt substitutus admitatur, como considerô *Rod.Suar.alleg.27.nu.18.vers.decimo probatur.* Y si esto no pudiere ser, por ser incompatibles, como lo confiessa el mesmo motiuo, ibi: *Quod contingere nequit, nisi restringendo dictam conditionem sine liberis*, entonces cessa la regla de la existencia de los dos copulados, y estamos en el caso de la excepcion, como se prueba en el *nu.* 56. y por esso es preciso, que destruyda yà la regla del concurso, se tome en otro sentido la diccion, Y, y si este ha de ser el de reducirse, y embeuerse la vna en la otra, como quiere el motiuo (queriendo cosas encõtradas, concurso de dos copulados, y existencia solamente del vno) sea en hora buena, pero reduciẽdose lo menos a lo mas, donde sin restituciõ de letra tiene cabida; no lo mas a lo menos, dõde no cabe, sin restricciõ, y violẽcia dela carta.

Num. 41. Que si cada vno ha de estar de por si, la Y, ha de tener significacion de disiunctiua, o orden sucessiuo.

Y si queremos que no se reduzgan, sino que cada vna tenga su significacion particular, y miren a diuersos tiempos, es precisso conuertir la, Et, en la coniuncion, Aut; desuerte que sea lo mismo la, Y, que, O, como promiscuamente tambiẽ la, O, suele tomarse por la coniuncion, Y, *Virgil. Æneid.* me primam absumite ferro, aut tu magne pater, diuum miserere, donde el, *Aut*, es precisso suene a, *Et*, que a las coniunciones, la materia sugeta les dà la significacion, *idem Virgil.* multum ille & terris iactatus, & alto, *yà en la tierra, yà en la mar*, el mismo Virgilio, corpusque labant frigentis & vngunt, lo expone Calepino, *idest deinde vngunt*; que labar y vngir junto, ni fuera vngir, ni labar. Y muy a nuestro proposito Ciceron de fato, ergo hæc quoque coniunctio est ex repugnantibus, & est Fabius, & in mari Fabius moritur, y se topan a cada passo infinitos lugares, dõde ex dispositis entendemos el sentido que tienen estas coniunciones; y en ninguna disposicion se manifiesta esto mas claro que en la nuestra.

Num. 42. El caſo fue, que Iuan teniendo ſus hijos dentro la pupilar edad hizo ſu teſtamento; y queriendo que ſu hazienda no ſe diuidieſſe, ſino que enteramente paſſe de vn hijo a otro; lo primero que le ocurrio fue la falta de ſus hijos, en la menor edad, en que de preſente ſe hallauan; y aſsi diſpuſo ſpecifice para aquel caſo, *ſi mi hijo muriere menor*; y ocurriendole luego ordine temporis & intellectus, la muerte de ſus hijos, ſin hijos y deſcendientes dellos (que eſto yà ſe ve que no le pudo ocurrir por lo menos con reſtriccion a ſola la menor edad, y negacion a la mayor;) añadio la ſegunda condicion, en fuerça de cuya letra, y diſpoſicion compendioſa, comprehẽdio la menor y mayor edad, reduciendo con eſſo toda ſu diſpoſicion a la ſegunda, comprehenſiua de lo primero, y de lo ſegundo, por cuyo fin la añadio; que fue, para que en caſo de tener ſus hijos deſcendientes, ceſaſſe la ſubſtitucion, y en caſo de no tenerlos, no quiſo dexarles la libre diſpoſicion, y que pudieſſe venir la hazienda a vn eſtraño, ſino que en aquel caſo quiſo que la tuuieſſen ſus hijos; y por eſſo añadio aquella ſegunda ſubſtitucion compendioſa, comprehenſiua de la menor y mayor edad indiſtincte, reduciendo toda ſu diſpoſicion a eſta ſegunda ſubſtituciõ, *ſi muriere ſin hijos y deſcendientes dellos*, en fuerça de cuya comprehenſion quedò la primera embeuida en la ſegunda, porque como dixo *Pet. Berſutius in l. re cõiunctim de leg.* 3. *n.* 10. cõiunctio, *Et*, auget & includit, *l. ea tamen adiectio* 46 *de leg.* 3.

Deſcubreſe conforme la diſpoſicion, y palabras, la voluntad de nueſtro teſtador.

Num. 43. Pondrè vn exemplo ordinario, ve vno en vna almoneda vna alaja de ſu guſto, y por particulares razones, no quiere deſcubrirſe comprador della, y dizele a vn amigo dad 60. ducados, y inmediatamente añade, y 100. veamos ſi en fuerça de la copulatiua, Y, querrà dezir que aquellos 100. ſe han de embeuer, y reducir a los 60. ò ſi ſerà mas natural ſentido, de la voluntad, que el comprador quiſo añadir 40. y jun-

tan-

tandolos con los 60. dixo, dad 100. La duda solamente cae en si han de ser 160. *l. si is qui ducẽta. de reb. dub. in princip. quia*. Et. *dicitur poni inter diuersa*. no, en si han de ser solos los 60. primeros, como se quiere en nuestro caso. Por cosas como estas, exclamò el gran Bartolome Leonardo:

Que te va à ti, que ostente Papiniano,
agudissimo ingenio, quando mira
vn testamento inteligible, y llano?

,O, podemos considerar la disposicion en este otro sentido, si mi hijo muriere menor, y despues de mayor sin hijos, y descendientes dellos, ampliatiue; y entonces significa ordẽ successiuo, lo vno primero, y lo otro despues, y suena alternatiue, si ya no se pretende que por la, Y. copulatiua, aya querido el testador, que muriesse el hijo, menor y mayor juntamente, para que entre el sustituto. Num. 44. Otro modo de descubrir la voluntad del testador.

El sentido de la diccion, Et, en drecho.

Vamos (ya que hemos visto en nuestro lenguage natural, el sentido de las clausulas de nuestro testamento) a los terminos del drecho, que es cierto si se examinan las fuentes, la agua que darân es cristalina, y pura; y pues toda la fuerça la pone el motiuo en esta diccio, Y. es necessario que le aueriguemos los poderes que tiene de drecho. Num. 45.

El titulo de verb. sig. es el principal lugar que nos ha de dezir la significacion literal de estos articulos, *Et, q. Cum*. (que assi los llamò el Iurisconsulto Paulo en la *l. triplici* 142. *§. videamus de verb. sig.*) los quales tienen tan poca fuerça, y eficacia, que el Iurisconsulto, no se atreuiò a poner regla sobre lo que significan, y obran, y assi dixo en la *l.* 53. *de verb. sig. Sæpe ita* La materia sugetà es la que da significacion al, Et.

compertum est, vt coniuncta pro disiunctis accipiantur, & disiuncta pro coniunctis, interdum soluta pro separatis; desuerte, que no ay para estos articulos regla assentada en drecho, ni otra significacion, que la que resulta de la materia sugeta; dixolo el texto, ibi: *Ex re ergo*; vbi Cuiat. lib. 59. Pauli ad edictum, ait, *rei siue negotij qualitas mentem scribentis, aut loquentis prodijt.* Y asi la materia sugeta es, la que da la significacion a la diccion, Y. si ella voluntariamente se consiente a la vnió juntarà la, Y, y si se resisten los estremos, por poco que sea, no tendrâ fuerça de vnirlos, sino que se entenderá separados; asi lo entendiò *Alciato cons. 50. in antiqua impressione, & 43. in moderniori, lib. 1. ibi: Natura copulæ est incerta, & quãdoque requirit cõcursum vtriusque copulati, vt in l si hæredi plures, ff. de condit. insti. quandoq; non, vt in l. 1. de his qui not. infam. verum illa est certissima interpretatio, quæ ex mente partium accipitur.*

Num. 46. Diuersidad de significaciones cõ que vsan los textos de la diccion, Et,

Y asi vemos en derecho a cada passo, que no pide el concurso de los dos copulados, sino que tienen las coniunciones, varios, y diuersos sentidos, y la, *Et*, no se pone en el sentido que asienta el motiuo, *dict. l sæpe, l. coniunctionem, ff. de verb. sign. l. si Titio fundus de vsufr. legat. l. ea tamen adiectio. de leg. 3. l. 1. l. vt vim vi 4. de ius, & iur. l. 1. de his qui not. infa. l. si his qui ducenta, §. vtrum de rebus dub. l. lucius de hæred. inst. l. lucius, §. Gayo, ff. ad Treb l si ita quis hæredes. ff. de hæred. inst. l. 1. in principio, ff. ad leg. Cornel. de sicar. l. lege iulia. ff. de testib. l. Gallus, §. quidam recte, vbi glos. quæ alia iura allegat. l. cum pater, § à te peto. de leg. 2. l. hæredes mei, §. peto, ff. ad Treb. l. 1. C. de secund. nup. l. si incestu, C. de incest. nup. l. 1. C. de nat. lib. l. vltim. & quæ ibi notantur, C. de codicil. l. cum quidã, C. de verb. sign. l. si quis in hoc genus, C. de Episcop. & Cler. l. generaliter, C. de inst. & subst. cap. iam dudum de preb. cap. significauit. de appellationibus, c. inter cæteras 4. de rescrip.* y otros infinitos textos.

De

De aqui han nacido tantas distinciones, y maneras de entender la coniunctiua, *vt per Bart. in dict. l. sæpe, vbi se remitit, ad l. si ijs qui ducenta, §. vtrum, ff. de reb. dub. idem Bart. in l. 1. de iust. & iur. & in l. 1. de his qui not. infa. nu.* 10. plene *Ias. in dict. l. 1. de iust. & iur*, y casi todos los repetentes, juntalos todos *Cened. singul.* 50. *y Barb. de dict. vsufreq. dict.* 110. *de dictione*, Et. Num. 47. Diversidad de significaciones que atribuyen los Doctores a esta coniunctiua.

Y pondero para esto, que *Cenedo* en el *singular* 50. donde trata ex professo de la diccion, *Et*, la primera proposicion y fundamento, y la primera regla que pone, comiença assi: *Hac dictione*, Et, *varijs modis vtimur in iure, & primo est copulatiua, & sufficit, alterã partem esse veram, siue copulet affirmatiue, siue negatiue*: Y prosigue diuersos significados, de la coniuncion, *Et*, en los numeros siguientes, y hasta el 8. no pone el que *requirit concursum copulatorum*; y en el *num.* 17. dize; *de natura huius dictionis*, Et, *est quod decem modis accipitur*; y por todo el singular se topan diuersos, en que se verà quan lexos estan los DD. de assentar por regla y naturaleza de la copulatiua, *Et*, el requirir el concurso de los dos copulados aun violentando y restriñendo la letra del vno, como quiere el motiuo; lo mismo se ve en *Barbos.* donde comiença assi: *Et. dictio, duobus modis accipitur primo in sensu composito, vt cum dicimus Cesar, & Bubulus Consules fuerunt, intelligitur enim simul, item in sensu singulari, vt cum dicimus Gregorius, & Bonifacius Pontifices multas constitutiones fecerunt, intelligitur enim non simul, sed separatim*, en que se verà, que la primera y principal regla viene a ser, *que ex subiecta materia*, se ha de sacar el sentido, y significado desta diccion. Num. 48. Confirmase que la materia sugeta, es quien gouierna la significacion de este articulo, Et,

Portol. de consortib. alegado por *Cenedo cap. 1. a nu.* 20. trae muchos exemplos, en que el, *Et*, sumitur pro *Vel*, disiunctiue, y esto aun en materias penales, y assi refiere *ex Panor. & Cepola*, que para la excomunion Num. 49. Traen los Doctores casos en que el, Et, significa, vel, aun en materias penales.

del *cap.2.de vita, & honestate Clericorum*, vbi sic disponitur, *Clerici arma portantes, & vsurarij excommunicentur*, non requiri ad ferendam excommunicationem, scilicet quod Clerici arma portent, & simul vsurarij sint, sed alterum eorum sufficere, quod vel arma portent, vel vsurarij sint, y *Nata, cons.458.nu.10.* hablando de vn estatuto, que condena a muerte, en caso que assotiauerit, & quod cum eodem astiterit, & securitatem asistendo tribuerit, & aliquid fecerit ex quo homicida magis audax redderetur ad homicidium perpetrandum, dixo: *Negatur statutum concursum illorum quatuor requirere, sed sufficit vnum eorum interuenisse, vt pena ibidem descripta sit locus, quamuis enim statutum loquatur per copulam, Et, in singulis casibus, tamen copula posita inter orationes, vbi plura copulantur per se, & non respectiue ad aliud, ponitur continuatiue, non autẽ copulatiue*, para esto alega à *Bart. in dict.l.1.ff.de ijs qui not. infa. in fin.* aducentem tex. in proposito melius facientem, *in l.1. in princip. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

Num. 50. Inteligencia de las palabras del edicto de itinere actuque priuato; que se han de entender disiunctiue.

Es a proposito *Cujat. in lib.66. Pauli ad edictum ad l.29. de verb. sig.* la qual dize: *Coniunctionem nonnũquã pro disiunctione accipi, Labeo ait; vt in ista stipulatione, mihi heredíq; meo, te heredemq; tuum*, dixo Cujat. *quamuis in edicto, coniunctim ita scriptum sit*, quo itinere actuq; priuato, *tamen & de alterutro hoc interdicto recte agi, vel de itinere tantum, vel de actu tantum, & sufficere, is qui agit de interdicto, de itinere actuque priuato, etiam si his verbis vtatur, vt plerumque actiones concipiuntur sicut edicta si probauerit, alterutrum, videlicet, vel se hoc anno itinere, vel actu vsum esse, quod ita proditũ est in l.1.§. si hoc interdicto. de itin. actuq; priu.* y añade la razon, *coniunctionem enim ait l.29. de verb sig. interdum pro disiunctione accipi.*

Num. 51. Quando se sigue disonancia, ó absurdo, ò ay verisimil mente del testador, la, Y, suena a disiuntiua.

De aqui es, que siempre que se sigue incongruus intellectus, vel absurdum, ponitur pro disiunctiua, *Iason*

in d.l.1.de iust.& iure,num.2. vers.sexto limita quando resultaret absurdum,y pone exẽplo, quando pater substituit filios, & hæredes, vel adquirit pro filijs, & hæredibus; alega a *Bart.in l.Gallus,§.etiam si parente.de lib. & post.*latê *Imol. & Alex.in l.quod dicitur. de verb. obl.* y que quando resultat intellectus incongresus,suene la, *Et*, a disiunctiua,lo dizen *omnes supr. relati*, & vbi est verosimilis mens disponentis intelligitur copula semper pro disiunctiua, *idem Alexan. cons.130.nu.8.lib.2.& cons.110.n.14.lib.3. Alciat. cons.6.n.15.lib.6.responsorum, & ibidem n.22.quãdo absurdum sequitur*,es estremado lugar, que lo comprehende todo,el de Bursato,*cons.81.lib 1. num. 21. & 22.*omnino videndus *Bartholom.Soc.cons.4.num. 21.lib.4.* y *Felin.in cap.2. num. 23. de rescrip.* pro regula constituit,quod vbi plura copulantur quoad vnũ effectum in quo non sunt omnia necessaria,tunc ex verosimilimẽte,& interpretatione iuris, copula resoluitur in disiunctiuam,*ex cap.iam dudum.de preb.c.significauit.de appellat.*

Y la naturaleza de la,Y,es tan delicada,y debil,en tanto grado, que dixo Pedro Bersucio, que solo con podersele atribuir a la coniuncion, *Et*, el que se puso por hablar con mas breuedad, dexa de obrar el efecto de hazer coniuncion,es excelente el texto que alega, *in l.si ita quis hæredes,ff.de hæred.instit.* dize asi: *Si ita quis hæredes instituit,Titius hæres esto,Gaius & Mebius equis ex partibus hæredes sunto,quamuis,* Et, *silaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars acrescit; sed omnibus coheredibus pro hæreditaris portionibus, quia non tam coniuncxisse,quam celerius dixisse videtur*,el qual texto lo expone *Pedro Bersucio,in l.re coniunctim.de legat.3.nu. 13.*en esta forma: *Primo respondeo prout ibi respondit Pomponius,quod quamuis esset copula, Et,quæ quamuis coniunctionem faciat,scilicet aliàs,tamen in isto casu* Num. 52. Debil naturaleza de la coniuncion, Et,

su non facit; quia non est de mente testatoris velle coniungere, imo volebat facere tres orationes separatas, & dicere, Titius hæres esto, Caius hęres esto, Mebius hęres esto, *sed vt celerius se expediat, de duabus orationibus fecit vnam de copulato extremo, vnde licet ibi sint figura verborum*, Caius, & Mebius, *coniuncti, illa coniuncta accipitur pro disiuncta, ex voluntate testatoris, qui voluit dicere celerius; & sic per illam legem, posset optime interpratari, l. sæpe de verb. sig.* y esto lo aplica a los terminos de nuestro caso *Paul. de Castr. in cons.* 43. *substitutio prædicta lib.* 2. ibi: *Idem ergo dicendum in casu nostro, quia celeritate verborum, loco plurium verborum posuit vnum.*

Num. 53. Copula de sui natura ponitur potius ampliatiue, quam restrictiue.

Y de la coniunctiua. *Et.* dixo *Corneo cons.* 295. *nu.* 5. (y todo el consejo es estremado para el pũto) *lib.* 1. lo siguiente. *Et. sui natura est ampliare potius, quam restringere, tex. sing. secundum Din. in l. ea tamen adiectio de legat.* 3. *& Bart. in l. si his qui ducenta, §. vtrũ ff. de reb. dub. & per Bald. in l. Gallus, §. etiam, ff. de lib. & post. & Canonistas in cap.* 2. *de rescrip. ideo illa verba*, alias & post mortem (que es sobre lo que alli discurre Corneo) *non exponuntur* alias, *idest* post mortem, *sed exponuntur, vt denotent duos casus penitus separatos, vel vnum specialem, alium generalem*, que es puntual nuestro caso de pupilar y compendiosa, *& sic inter diuersa vt decet & ampliatiue ponitur copula.* Y de la diuersidad de sentidos desta diccion. Et. dizen mucho, *Gonçalez ad regulam glos.* 3. *à nu.* 4. y de los demas citados por *Cened.* y *Barb.* que lo recogen todo.

Num. 54. Es violentar la letra el limitar la substitucion sin hijos, y descendiẽtes dellos, a sola la menor edad

De la lectura destos textos, y DD. se manifiesta que es incierta la naturaleza de la diccion. Et. como dixo *Alciat. dict. cons.* 43. *aliàs* 50. y quan poco fundamento se puede hazer en ella, para que en virtud suya se aya de limitar, y restriñir la substitucion, *sine filijs, & des-*

descendentibus eorum; compendiosa, como confiessa el motiuo, a sola la pupilar, con restriccion manifiesta de la letra, (y esto en Aragon) como lo quiere el motiuo, ibi: *Quod contingere nequit, nisi restringendo conditionem* sine filijs *ad tempus dumtaxat pupilaris.*

Excepcion a la regla del concurso, quando el. Et. ponitur inter incompatibilia, seu repugnantia, y prueuase la excepcion en nuestras dos disposiciones.

Quando se quiera traer por regla, que la. Y. pide el concurso de los dos copulados, por hablar con distincion, y claridad, y no por otra razon, como lo haze *Ias. in l. 1. de iust. & iur.* ibi: *Verum quia doctrinæ Doctorum sunt multum intricatæ, ego per regulam, & fallencias clarius trado hanc materiam.* Y solo a este fin constituye por regla el concurso de los dos copulados; a mi me importa poco, si estoy en los casos de la excepcion, pues lo exceptado no està comprehendido en la regla, *l. regula, ff. de reg. iur.* ibi: *Quæ vbi in aliquo vitiata est, perdit officium suum.* Num. 55.

La primera limitacion de la regla del concurso, q̃ tienen todos concorditer, es que *non requirit.* Et. *concursum vtriusq. quando ponitur inter incompatibilia, seu inter contraria, nam cum non possint copulari copula perdit officium suum, Iason vbi supra vers. istam regulam,* & refert. *Bart. cons. 10. in fin. Barb. d. dictione* 110. *num.* 28. *in fin.* qui refert inter alios, *Cened. nu.* 7. *Fusa. de substi. quæst.* 455. *num.* 11. el qual para prueua desta excepcion alega a *Castrens. cons.* 43. *substitutio prædicta lib.* 1. que habla en puntuales terminos de morir menor, y sin hijos) para esto se alega el text. Num. 56.

en

en la *l. si Tertio fundus, ff. de vsufr. legat.* que dize: *si Titio fundus, & eiusdem fundi vsufructus legatus fuerit, erit in potestate eius, fundum an vsumfructum vindicare malit, & si fundum elegerit, necessario plenam proprietatem habebit, licet vsumfructum a se repulerit, si vero vsumfructum habere maluerit, & proprietatem fundi repulerit, solum vsumfructum habebit.* (y que aya casos en que puede ser vtilidad el eligir solo el vsufructo, vide *Iason vbi supra vers. sed in quantum*) sobre el qual texto puso este sumario Bartulo, *coniunctio posita inter incompatibilia resoluitur in disiunctiuam.*

Num. 57. Varios exemplos con que comprueuan los DD. la excepcion de que el, Et. inter incompatibilia sumitur pro Vel.

Y sobre este caso dixo *Bart. & per hanc legem dicunt DD. quod si testator dicit*, valeat iure testamenti, & codicilorum, *illa copula*. Et. *resoluitur in disiunctiuam, vt dicamus*, vel iure codicilorũ, *l. fin. & ibi not. de codicil. simile si testator dicat* substituo vulgariter, & pupilariter, & per fideicommissum, *nam non potest simul, & semel esse directa, & fideicommissaria, text. in l. recusare, §. Titius, ff. ad Trebe.* Lo mismo dize quando constituit procuratorem, & factorem, & nuntium specialem, *quia procurator cõcipit verba in personam suã, nuntius in personam domini, & sic erit procurator, vel nuntius, provt sibi placebit.* Lo mismo procede quando se compromete copulatiue in aliquem arbitrum, & arbitratorem, & amicabilem compositorem, nam potest eligere viam arbitri, vel arbitratoris, & quod idem est ac si disiunctiue compromissum dirigatur, *Salgad. de reg. protect. par. 2. cap. 13. num. 129.* Y assi interpretan todos, lo que dixo *Aristot 1. physicorum, natura est principium, & causa motus, & quietis*, id est vel quietis.

Num. 58. Razon de la excepcion.

El fundamento desta excepcion, es vna razon natural y precissa, que entre los estremos contrarios, y incompatibles, no puede auer vnion. Y assi la. Y. no puede quitarle a los estremos la repugnancia natural que

ellos

ellos entre si tienen, sin quitarles su naturaleza; que si
la. Y. fuesse poderosa para cortar por medio, y quitan-
doles su naturaleza, reducirlos a vnidad con restric-
cion, y violencia de la letra dellos, ociosa seria la ex-
cepcion de la incompatibilidad de los estremos, ad-
mitida comunmente por drecho natural y ciuil; pues
no se auia de dezir, que en tal caso la. Y. tiene el senti-
do de disiuntiua, ò orden succesiuo, sino que la. Y.
es poderosa à quitarles a los estremos la repugnan-
cia, y a vnirlos, apretandolos hasta que quepan, aun-
que los abr ume y destruya.

Nuestra substitucion, es, *si muriere menor* (que es pupilar directa) *y sin hijos y descendientes dellos* (que de per se es compendiosa) vease a la luz natural si repug na la possibilidad de tener hijos, y nietos dentro de la edad de catorze años dumtaxat, como quiere el motiuo, ibi: *Restringendo ex vi copulæ, ad tempus dumtaxat pupilaris*. Y si es verisimil, ni possible, que el padre quando añadiò la condicion, *y sin hijos, y descendientes dellos*, quiso, ni pudo limitar su pensamiento, y voluntad a solo el tiempo de la menor edad, con exclusiua, y negacion de la mayor. Num. 59.

Muestrase nuestra disposiciõ para que se vea la repugnancia.

De aqui es, que no pudiẽdo vnir los estremos la. Y.
por la naturaleza repugnante de ellos, como lo dize Num. 60.
el motiuo, *quod contingere nequit nisi restringendo*, ne-
cessariamente se ha de conuertir la. Y. en disiuntiua,
ex re, que dixo la *d. l. sæpe de verb. sign.* por la materia
sugeta; porque siendo la substitucion de morir sin hi-
jos, y descendientes dellos, compendiosa de su natu-
raleza; y assi comprehensiua de la mayor y menor
edad, claro està que no puede caber en la menor sola,
y el redu cirla y restringirla a sola la menor edad, es
quitarle el ser de compendiosa; de suerte, que para de
xar la repugnancia ha de dexar su ser, y tomar otro di
ferente, y desta suerte seria facil el ajustar qualesquier
estremos repugnantes, y quitandoles a las especies las

Aplicase la excepcion de incompatibilidad.

di-

diferencias, por donde se distinguen, quedarán vna misma cosa, pero es quitarles el ser, y forma especifica, en que deuen cumplirse las condiciones, vt diximus n.40.y por esso la. Y. puesta en medio de ambas, como en su ser y forma especifica repugnan, es disiuntiua, conforme esta excepcion, que conformes traen los DD. tomada de la *d.l. si Titio fundus. de vsufr. legat.* y para prueba desta excepcion, *Fus.q.455.n.11.* alega à Paul. de Cast. en el lugar donde habla de las dos condiciones, *si decesserit in pupilari ætate, & sine liberis*, veasе a *Aden. ad consiliũ* 88. *Alex. lib.7. lit. A.*

La compendiosa despues de sucedido el caso de morir menor, ò mayor, se gouierna por la pupilar, ó fideicomissaria, como si sola estuuierà la que sucede, a principio puesta.

Y auiendose de hazer juyzio de la compendiosa, yà sucedido el caso, ex euentu *Fus. de subst. q.251.* deuemos reseruarla entera para ver el suceso; y conforme èl, en nuestro caso por auer muerto Martin segundo post pubertatem sin hijos, deuemos juzgarla por fideicomissaria post pubertatem, tanquam si a principio sola fuisset fideicomissaria post pubertatem; luego es incompatible con sola la pupilar, en la qual no se espera, ni se atiende sino al sucesso de la muerte dentro los 14. años dumtaxat; pues querer embeuer la fideicomissaria post pubertatem en la pupilar, intra pubertatem dumtaxat, es querer que vno muera menor y mayor juntamente.

Segundo medio de incompatibilidad mas fuerte, que consiste en la regla priuatio præsuponit habitum.

Num.61. Esta imposibilidad se aumenta por otra razon, que la haze aun mas precissa que la de la reducion de la compendiosa a sola la pupilar, porque en los terminos de nuestro caso, de ninguna suerte se comprehende, ni se puede verificar, ni en todo, ni en parte, en la primera condicion, *si mi hijo muriere menor*, la de morir

rir ſin hijos, y deſcendientes dellos (aunquē en los terminos de compendioſa, en que habla el motiuo, ſe verifique tambien en el menor) la razon es, porque el pupilo en la primera ſubſtitucion mere pupilar de nueſtro caſo, *ſi mi hijo muriere menor de edad*, tiene negacion a ſer mayor, y por conſiguiente a tenerlos, vt patet ad ſenſum. Y por eſta razon en nueſtro caſo, donde eſtà eſpecificada la pupilar, *ſi muriere menor* (que eſpira y muere con la pubertad) la ſegunda diſpoſicion, *y ſin hijos, y deſcendientes dellos legitimos*, no es cõpendioſa, ſino tan ſolamente fideicomiſſaria poſt pubertatem tantum; de ſuerte, que eſtas mas que condiciones, ſon ſubſtituciones diſtintas. La primera, pupilar para dentro la menor edad: la ſegunda, fideicomiſſaria poſt pubertatem, como ſi dixera el teſtador, *ſi muriere menor, y mayor ſin hijos*, queriendo hazer prouiſion para el caſo de morir el heredero menor, y en caſo de morir mayor ſino dexa hijos, ò deſcendientes dellos.

Eſto ſe apoya con la regla de drecho (que tambien lo es de filoſofia) *priuatio præſuponit habitum. Tiraq. in l ſi vnquam. verb. reuertatur. nu. 39. & num. 159. Gonçalez gloſ. 15. §. 1. num.* 4. prueualo la *l. decem de verb. obl. l. nemo poteſt videri deſinere, ff. de reg. iur, l. 1. ff. de ſuis, & legi. hæred.* ibi: *Plane qui teſtare non potuit proprie non eſt inteſtatus, puta impubes.* De aqui es, que para que el pupilo ſe pudieſſe llamar inteſtado contra la propiedad de la letra, fue neceſſaria diſpoſicion de ley; nam extenſio quæ ex littera locum non habet, habet propter diſpoſitionem legis, *Caſan. conſ. 4. nu.* 80. y aſsi la miſma ley primera que dixo, *que el pupilo, y el furioſo proprie non ſunt inteſtati*, diſpuſo, *ſed hos quoque pro inteſtatis accipere debemus*, la razon es, la q̃ da el texto, ibi: *Nam & eius hæreditas fuiſſe creditur*, que es la que trae *Cephalo in l. centurio, de vulgari*, hablando de eſſe miſmo texto, *num. 663 in 3. vol. repe-*

Num. 62.

El pupilo proprie non eſt inteſtatus.

Para llamar inteſtado al pupilo, fue neceſſario diſpoſicion de ley, y la razon en que ſe funda.

ti-

titionum, dize, *tu dic igitur quod omnis hæreditas defertur, vel ex testamento, vel ab intestator*, *l.* 1. *vbi not. de pet. hæred. l. obuenire, de verb. sig.* § *fin. inst. per quas pers. nobis adquir.* & *hoc etiam in pupilo*, *l. sciant*, *C. de legit. hæred. l. omnem*, *C. ad Tertul. est igitur necesse, vt etiam pupillus sit testatus, vel intestatus,* & *hanc necessitatem sensit iuriscon. in d. l.* 1. *ibi*: sed hos quoque pro intestatis accipere debemus, *quod verbum*, debemus, *est necessitatis, glos. in l. sæpe audiui cæsarem*, *ff. de officio præsi.* & *c.* Es puntualissimo el consejo 3. de Mariano, *Soccin. lib.* 1. *num.* 25. & 26. & maxime, *num.* 28. Y *Bald. in l. si adrrogator de dop. nu.* 28. *ad fin.* dixo hablando del pupilo, *quantum ad voluntatem non dicitur decedere intestatus*, *quia non potest velle, ergo nec nolle, vnde succedens ei, non dicitur habere tacitam eius voluntatem, sed quantum ad effectum successoris*, *dicitur habere hæreditatem ab intestato*, *ex interpretatione legis, non ex mera significatione verborum, vt in d. l.* 1. *de suis,* & *leg. hæred.* Por esso *Paulo de Castr. in l. generaliter, C. de inst.* & *subst. num.* 2. *in fin*. ajustandose a la resolucion, pero no a la razon de *Bart*. dixo, que Bartulo que se funda en el comun vso de hablar para llamar intestado al pupilo, deuia proua esse vso, y assi dize que illum tex. non intellexit, *sed ego*, dize Castro, *fundo me in interpretatione iuris,* & *sic non est probandus ille vsus.*

Num. 63. Pero como no ay tal disposicion de ley en nuestro caso, procede la regla de que priuatio præsuponit habitum; y por esso no se puede dezir en nuestro caso, pupillum sine filijs, & eorum descendentibus decedere, como aun en los terminos de compendiosa dixo Narbona, *d. q.* 51. *num.* 3.

Que no ay ley que disponga en nuestro caso, lo q̃ en el de intestado.

Num. 64. Ni a esta regla se responde con lo que dize el motiuo en el §. *his etiã accedit*, que es verdad que el eunuco, el impotente, y el Clerigo in sacris se dize que mueren sin hijos legitimos, aunque estos en ningun tiempo

El motiuo no dâ salida a la regla de priuacion.

po

po pueden casarse, porque esto no satisfaze: la razon es, porque ninguno destos tiene negacion al matrimonio secundum naturam, porque todos ellos, segun la naturaleza de hombre, pudieran casarse, y engendrar, aunque por aquellos accidentes, que vinieron sobre aquellos indiuiduos, no puedan hazerlo; los quales accidentes no inducen negacion (como parece quiere el motiuo) sino priuacion, de la suerte que el mudo, y el ciego, no tienen negacion con la habla, y la vista, aunque por el accidente, ni puedan hablar, ni ver, sino priuacion, y assi con propriedad y lastima, podemos dezir del ciego y del mudo; este hombre està sin ver y oir, pero no lo podemos dezir con propriedad, como ni con lastima, de la peña que està sin ver y oir, porque tiene negacion; luego con los exemplos del motiuo, que se traen por vnica prueba para el intento, no queda destruyda la regla, *priuatio præsuponit habitum*; porque antes bien en todos ellos se verifica la regla de priuacion, porque todos tienen aptitud, conforme su naturaleza, para contraer y engendrar, que llamamos habito, aunque por aquellos accidentes estan priuados, y por esso la llamamos priuacion, porque supone habito, y no negacion, la qual dize ineptitud en el sugeto conforme la naturaleza, como en el exemplo de la peña, de la qual porque dize negacion a tener hijos, no podamos dezir con propriedad, la peña muere sin hijos, la peña està sin casarse, porque no puede hablar con propriedad quien dize vn disproposito, que es el fundamento, y razon de la regla, *priuatio præsuponit habitum*.

En todos los exemplos de que se vale el motiuo, entra el termino de priuaciō y assi no son contra la regla.

Fundamento de la regla, *priuatio præsuponit habitum.*

Y punctim, q̄ en estos exēplos no ay negacion, sino priuaciō, lo dixo *Curt. Iun. in l. precibus, C. de impub. & al. subst.* donde hablādo de la razon q̄ dan los DD. cōtrarios, para satisfacer ala regla, *priuatio præsuponit habitū*, diziendo, quod contingit quod pupilus possit aliquando liberos procreare malitia suplente ætatem,

Puntual lugar de Curt. Iun. que prueua el asumpto.

di-

dize q̃ no le satisfacē esta solucion, y despues de dar la primera razon q̃ es, que licet hoc sit possibile, tamen si eueniat casus, quod ante 14. annum quis suscipiat filios, tunc incipit pubertas, & expirat substitutio pupilaris, vt per *Bart. &c.* y añadido la segunda, ibi: Secũdo quia regula quæ habet quod inspicitur, quod euenire potest (q̃ es la de priuatio præsuponit habitũ) non procedit in his quæ veniunt contra communem naturam, *vt per Bart. &c.* prosigue muy a nuestro intento. *Tertio quia communis natura inspicitur in homine non quod ex accidenti potest euenire, l. si quis posthumos. in princ. ff. de lib. & post. per quam dicit Bart. in l. 1. col. fin. ff. solut. matr. quod mulier sterilis gaudet priuilegijs dotis, & dixit. Bald. cõs. 49. Maritus posito inter consilia Angeli, quod stante statuto quod agnati excludant fœminas, licet ratio statuti sit, quod per agnatos conseruetur familia; tamen habet locum in agnato impotente ad generandum.* Porque se mira la naturaleza comun del hombre, no al accidente que sobrevino en aquel hombre, el qual por su naturaleza comun era apto a la generacion; y por esso tampoco en el ordenado in sacris se considera negacion al matrimonio, sino priuacion de ley: No assi en el infante reduplicatiue, considerado en esta disposicion, *si mi hijo muriere menor*, con negacion a la mayor edad, el qual no por accidente, sino por comun ley de la naturaleza tiene negacion, para aquella disposiciõ, a tener hijos, alomenos hijos y nietos, que esso dize la condicion, *sin hijos, y descendientes dellos*, que en *descendientes dellos*, por lo menos se comprehenden los nietos del hijo instituydo.

En nuestro caso la palabra *sine*, denota priuacion.

Y para algunos que quieren, para aplicarlo a la cõdicion sine liberis, que la palabra *sine* quandoque denotet simplicem abnegationem, non autem priuationem (a los quales refiere *Aquilin. in l. centurio de vlg. num. 77.* (lugar de que hablaremos con particularidad

dad

dad en nuestro num. 132.) como en el exemplo de lapis est sine oculis, de que quieren sacar diferencia entre el termino, interstatus, y el sine liberis) para que el interstatus, denote priuacion, y el otro negacion, responde *Curt. sed aduerte quod licet illud possit procedere ex significatione verbi* sine, *tamen ex mente testatoris videtur quod semper denotet priuationem, quia censetur cogitare de tempore quo quis potest suscipere liberos, l. pater seuerinam, &c.* Y no se niega que con la diccion, *sine*, se denote vnas vezes negacion, y otras priuacion, segun la materia sugeta, como en los exemplos lapis est sine oculis; y cecus est sine oculis, que en la piedra es negacion, y en el hombre priuacion; pero en la condicion *sine liberis*, no es possible se ponga por negacion; pues esto repugna a la naturaleza de condicion: Tum, cum testator inquit si sine liberis decesserit cogitare videtur de tempore, quo filius liberos habere potest, & ineptum esset dubitare vtrum pupilus testari, vel liberos procreare possit, razones porque se mouio *Aquili. vbi supr. n. 79.* a reprouar esta, y otras razones de diferencia, que traen algunos entre el termino *intestatus*, y *sine liberis*, y con gran fundamento; porque aunque el termino *si sine liberis*, conforme la propriedad de la letra; dixera negacion à tener hijos (que ya se vê quan gran disproposito es) pero por la mente del testador de qua in nostro *nu. 42.* no solo vna substitucion ad aliam trahitur, sed verba debent omni peiori modo impropriari, *vt per l. in conditionibus ff. de cõd. & dem.* tradit *Alex. Trent. de subst. p. 4. c. 9. nu. 3. vers. mouentur quarto*, que serà quando ay tan poco que hazer en la flexible naturaleza de la, *Et?* que conforme su misma naturaleza sigue como iman el norte de la voluntad del disponiente, como hemos prouado *à nu. 45.*

Prue-

Prueuase tambien la incompatibilidad por la regla conditio se debet habere ad esse, & non esse.

Num. 65. La segunda regla por donde el pupilo en los terminos de nuestro caso, no se puede dezir decedere sine filijs, *quia conditio se debet habere ad esse, & non esse, l. si pupillus, §. qui sub conditione, ff. de nob. l. cum ad præsens, ff. si certum pet. l. ex facto, § vltimo, ff. ad Trebe. §. condit. inst. de verb. oblig.* y sin la restriccion a los terminos de nuestro caso, lo dize absolutamente *Narb. vbi supra.* Luego en la substitucion restricta ad solam pupillarem ætatem, no se puede verificar la condicion *sine filijs*, assi porque priuatio præsuponit habitum, y el menor en nuestros terminos conforme la naturaleza, dize negacion a tener hijos, (y parece lo reconoce el motiuo) como porque, aunque en la parte negatiua se pudiesse verificar en el menor la condicion sine filijs, pero no en la parte afirmatiua de tenerlos, y la condicion ha de tener possibilidad, y contingencia, quoad vtramque partẽ, que esso es condicion.

Num. 66. Responde el motiuo, ibi: *conditionem sine liberis etiam in minori verificari.*

La solucion que a esto da el motiuo es dezir, que tambien en el menor se verifica la condicion de morir sin hijos, ibi: *Insiciari tamen non potest, conditionem sine liberis, etiam in minori ætate verificari; cum eius tẽpus includat,* pero que esto no se ajuste (aunque lo tengo por cierto) a los terminos de nuestro caso, lo veremos luego.

Si se puede dezir del pupilo que muere sin hijos, que es de donde depende el fundamento del §. nec refragatur.

En el punto de si potest dici, pupillum decedere, sine liberis, se diuiden los autores en dos clases, por la parte negatiua, est glosa *in l. credendum, ff. qui petant. tutor.* (que cita *Oldrado, cons. 99.* a este mismo proposito) el qual *tex. in §. si vero maritus*, pone las dos cōdiciones. *si sine liberis, vel intestatus decesserit*, y la *glos. ver. ex alieno, vers. tu dic*, dize assi, *tu dic quod fuit relictum in casum pubertatis, quod patet per conditiones hic insertas, Bald. in l. ex tribus, C. de inof. test. num. 4.* (que habla en terminos de substitucion verbis directis facta) ibi: *Nam qui ponit hanc conditionem, si* sine liberis decesserit, *de adulta ætate sentit, in qua potest habere filios*, y alega la sobredicha glosa *in l. credendum.* Num. 67. DD. por la parte negatiua.

Iunta los DD. desta opinion, *Casan. cons. 4. n. 178. vers. tamen quia multi tenent*, donde se pueden ver, a que añado a *Narb. d. q. 51.* y en los terminos en que hablan estos Autores, lo explicarémos en el num. 97. y los siguientes. Num. 68. Iunta los Autores desta opinion, y en que terminos hablã.

Los de la parte afirmatiua tambien los junta *Casan. d. cons. 4. num. 188.* y llama la verior opiniō, estos DD. dizen que la substitucion compendiosa, *si sine filijs*, dentro la menor edad es directa pupilar. Num. 69. DD. por la parte afirmatiua que junta Casan.

Fundase la mayor parte de los DD. desta opinion, como lo dixo *Sforcia, cons. 56. num. 22.* ibi: *Secundo quia plures imo maior pars Doctorum tenentium contra Azonē, & glossam, fundant se in hoc, quia reperitur etiam quandoque excessus naturæ in impuberibus,* Num. 70. Su fundamento, al menos de la mayor parte, que no es impossible el engendrar el menor.

qui

qui generare possunt ante 14.*annum*, quē es la razon de *Casan.nu*.185.ibi: *Quia cum possibile sit minores ætatē filios procreare*, ex *Tiraq. &c.* con lo qual intentan satisfazer a las dos reglas de los num. 62. y 65. A este fundamento dixo *Ripa in l.centurio num.96. hæc solutio, non est generalis, ergo reicienda, non enim procedit in infante, vel proximo infantiæ*, a mas de que le obsta la regla de la *l.nā ad ea quæ raro accidunt leges non adaptantur ff. de leg.* y lo de mas que se ponderò en las informaciones que sobre este punto se escriuieron para la Audiencia.

Impugnase este fundamento.

Num.71. Pero porque no todos los desta opinion, parece se atan a sola esta razon que dà Casanate, con que da salida y satisfacion a las dos reglas: Pues el motiuo parece se inclina a entender, que sin embargo de la negacion a tener hijos y nietos, tiene entrada y cabimiento la condicion *sine liberis* en el pupilo; porq̄ *conditio sine liberis non includit necessario potentiam habendi liberos, sed solum significat defectum, negationem, seu non existētiam liberorum.* Deuemos ver si ay Dotores que digan lo que el motiuo, y en que terminos hablan, y que salida dan a las dos reglas del argumento, porque Casanate no las niega, sino que las ajusta con dezir, que el menor no tiene negacion, ni incontingencia a tener hijos, pues le es possible el tenerlos, malitia suplente ætatem, caso a que mirò el testador, segun este sentir, quando añadio la condicion *sine liberis*; pero las dos reglas de nuestro argumento, por juridicas las tiene Casanate. La salida que da el motiuo, parece q̄ es negar las, su fundamento es, vnos exemplos de que se vale a esse fin de que hemos hablado, *nu.* 64. Veamos aora, si dizen essos Dotores sobre el punto algo en su apoyo.

Q. An ſubſtitutio compendioſa, ſine liberis continea pupillarem ſuo tempore, concilianſe las opiniones con vna llana diſtincion deciſiua del punto.

La queſtion en que tratan los Doctores del punto, del §. *nec refragatur*, es, *ſi la ſubſtitucion facta ſub conditione*, ſi ſine liberis deceſſerit, *contineat pupillarem ſuo tempore* (tratala ex profeſſo, y refiere tres opiniones, *Sforcia in tract. de comp. ſubſ. par.* 5. *art.* 1. *a num.* 10. donde la diſputa en terminos de compendioſa verbis directis facta. Num. 72.

Lo que deciden eſtos DD. que refiere *Caſan. dict. num.* 188. es, que etiam intra pupillarem ætatem, cõtinet directam pupillarem. Y en eſtos terminos de cõpendioſa (aunque la condicion fueſſe, *ſi muriere ſin hijos, y deſcendientes dellos*) me conformo con eſtos DD. que dizen, que ſe verifica tambiẽ en el que muere menor la condicion de morir ſin hijos, y que muriendo menor el hijo, entra el ſubſtituto por la pupilar, ſi bien ni aun eſto quiſo conceder Narbona, como diximos *num.* 31. Num. 73.

Los DD. que junta *Caſan. num.* 188. hablan en terminos de compendioſa, que ſon los de la queſtion.

Sin que le obſte a eſto ninguna de las dos reglas, ni la de *priuatio præſuponit habitum*, ni la de conditio ſe debet habere ad eſſe, & non eſſe; la razon es clara, y la diò *Iuan Cephalo, in d. l. centurio de vulg. n.* 683. verſ. *Non obſtat in* 3. *tom. repetitionum*, ibi: *Nõ obſtat, quod reſpectu temporis pupillaris ætatis, conditio non ſe poſſit habere ad eſſe, & non eſſe; quia ſufficit quod poſſit eſſe, & non eſſe reſpectu totius temporis antequam moriatur,* Num. 74.

En terminos de compendioſa no obſtan las reglas de priuatione ad habitum, ni la de conditio, &c. y el porque.

In compendiosa nō fit diuisio temporū sino que se considera el hijo pro toto tempore vitæ suæ indistincte.

tur, & quemadmodum generaliter vnica est conditio generalis compendiosa, Bart. infra. q. 3. princip. & supra fuit dictum; vnica pariter reputatur conditio respectu totius temporis vitæ instituti, non autem fit diuisio temporum, vt plures dicantur conditiones, cum conditio non diuidatur.

Num. 75. Pupilo considerado de dos maneras en la disposicion.

De aqui es, que deuemos considerar la disposicion hecha al hijo menor en dos maneras; vna como a menor reduplicatiue (que dize el Logico) considerado con negacion a mayor edad, como se contiene en la pupilar, *si mi hijo muriere menor*, la qual espira en siendo mayor; y entonces el hijo menor en quanto à aquella disposicion, tiene negacion natural a tener hijos (por lo menos a tener hijos y descendientes dellos) y en este caso, al menor le obstan las reglas de priuatione habitum, y que conditio se debet habere ad esse & non esse; y por consiguiente no se pueda dezir del tal menor, que muere sin hijos y descendientes de ellos, quia natura habere eos non potest.

Al menor reduplicatiue le obstan las dos reglas, y el porque.

Num. 76. Los Autores citados por *Casan. num.* 188. no hablan en terminos en que se considera el menor reduplicatiue, sino en los de la compendiosa.

Y en los terminos de pupilo, considerado en esta forma, no hablan estos Autores del *n.* 188. *de Casan.* sino en los de la compendiosa, que son quando se considera el hijo indistincte respectu totius temporis antequam moriatur, como dize *Cephalo*, y entonces no le obstan las dos reglas.

Dixolo tambien *Fusario, de subst. q.* 240. *n.* 9. *vers. respondeo*, donde a la instancia, quod conditio debet referri ad casum qui potest esse & non esse, sed durante pupillari ætate non potest conditio *sine liberis* in vtroque verificari, dize. *Respondeo, quod conditio poterit se habere ad esse & non esse considerato toto tempore vitæ instituti*, explicòlo lindamēte *n.* 10. ibi: *Respondeo quod conditio* sine liberis *non est apposita ad restringendam substitutionem, ad casum & personam, quæ natura possit habere liberos, & sic ad tempus post pupillarem ætatem, nam mens testatoris fuit relata ad euentum*

quo

quo vere institutus non habeat liberos, siue anteà, siue post pubertatem.

Y con essa comprehension, en la disposicion de la mayor edad, indistincte el pupilo està apto a tener hijos, y aun descendientes dellos, si nõ actu, saltim aptitudine naturali, quia ad hunc effectũ attẽditur naturalis aptitudo ipsius indiuidui, quæ est procreandi alia indiuidua eiusdem speciei; vt dixit *Sforcia cons. 56. n. 22.* y esta aptitud naturalmente la tiene en naciẽdo, pues tiene aptitud a ser mayor; assi como el arbol al punto que nace (siendo fructifero) tiene aptitud a dar fruto: y en esta disposicion y caso, claro està que tambien se verifica en el menor que muere la condicion de morir sin hijos y descendientes, puesta en la disposicion quando el viuia, pues entonces tenia aptitud para ser mayor y tenerlos, y assi en esse caso no le obsta ninguna de las dos reglas; porque para que estas tengan entrada, basta la posibilidad aptitudinaria; de aqui es, que nondum concepti instituuntur recte, *l. placet de lib. & post.* & mortui tantum institutio est pro non scripta, *l. penul. de his quæ pro non scrip. hab.* non etiam nasciturì, eius qui desit esse in rerum naturam, nõ eius qui possit venire in rerum naturam, *Cuiat. consult. 50. vers. Et ne dixeris*, quia in interpraetatione testamenti attendimus potentiam tempore testamenti, nõ tempore quo dispositio sortitur effectum, vt pulchre considerat, *Casan. cons. 1. n. 9. & 10.*

Num. 77. No ay duda de que el hijo a quien en la disposicion no se le limita la edad, aun siendo pupilo tiene aptitud natural a tener hijos, y esto basta para satisfazer a las dos reglas.

De aqui es, que aunque el testador que puso la condicion, *si sine filijs, & descendentibus*, mirò conforme su deseo y afecto, al tiempo de la mayor edad, en que solamente puede actu tenerlos naturalmente, sin embargo puede verificarse la condicion *sine liberis*, y aun la de *sine liberis, & descendentibus eorum* en el menor que en la disposicion està considerado con respecto a la mayor edad, pero sin exclusiua de la menor, caso que contra el deseo del padre, suceda el morir menor.

Num. 78. El padre que pone la condicion sine liberis, conforme su deseo, y afecto mira a la mayor edad, aũque no excluye la menor, sucediendo la muerte contra lo que el desea.

Num.79. Es estremado al proposito, sino me engaño, *Aquilin. in l. centurio de vulgari*, trata alli en los numeros 74. y los siguientes, de las diferencias que algunos Dotores ponen, entre el termino *intestatus*, y *sine liberis*, y en el *nu.* 79. dize: *Sed mihi videntur hæ differentiæ rationes non satisfacere, tũ per tex. in d. l. credendũ; tum cum testator inquit si sine liberis decesserit, cogitasse videtur de tempore, quo filius liberos habere potest: tum etiã, quia vtraque conditio in pupillo, qui nec testari, nec generare potest, cum sit omnino extitura, dispositionem conditionalem non reddit, d. l. si pupillus, vnde ineptum esset dubitare vtrum pupillus testari, vel liberos procreare possit.*

Aquilino pone los dos argumentos de las dos reglas.

Num.80. A estos dos argumentos, que son los mismos nuestros, satisfaze Aquilino en el num. 80. en esta forma: *Quare puto, vtramque conditionem referri ad pubertatis tempus, quo vtrumque esse potest, & nihilhominus, ex mente testantis pupillarem ætatem includi; tum quoniam testator qui substituit filio, quando & testamentũ facere, & liberos procreare potest, multo magis substituisse censetur, cum neutrum habere potest; tũ quoque, quia dum se ad pubertatis tempus refert, pupillare quoque tẽpus includit, filium IN EA ÆTATE NON MORITVRVM, SED VICTVRVM ESSE SVPONENS, igitur hæc conditio,* si sine liberis decesserit, *equipolet illi* quandocunque decesserit, *nisi quod illa indističte omne tempus comprehendat, hæc vero ita demum, si liberos non reliquerit.* Y por esto *Galiaula in d. l. centurio num.* 677. hablando del punto dixo, quod si suadet fideicommissariam post, non impedit pupillarem ante pubertatem.

Estremada solucion de Aquilino en cõformidad de la distincion referida en nuestro nu.75.

Num. 81. De aqui se entenderà el lenguage de Bartulo, aliâs dificultoso de darle buen sentido *in l. cẽturio de vulg. num.* 17. *vers. non obstat*, donde hablando del punto, auiendo dicho que esta substitucion compendiosa, *si sine liberis*, intra ætatem pupillarem est directa pupillar,

Inteligencia a Bart. conforme nuestra distincion.

lar, y prouadolo con la *l. centurio de vulg.* y el *cap si pater de testa. in 6.* dize: *Non obstat si dicatur, non dicitur decedere sine liberis, nisi ille, qui eos habere potest, quia est falsum in his legibus*: de suerte, que no dize Bart. que la proposicion es absolutamente falsa, sino que es falsa, *in his legibus*, en cuya disposicion el testador mirò, principalmente a la mayor edad, ò indistintamente a ambas, en el qual caso en el hijo que muriò menor, que a principio estuuo tambien considerado en la disposicion, con respecto a la mayor edad, se verifica la condicion *si sine liberis*, pues tenia aptitud natural para tenerlos conforme lo dicho: y assi en estos terminos de compediosa en que hablan estos dos tex. dize Bart. que es falsa la proposicion (assi entẽdio, limitatê, este lugar de *Bart. Corn. cons. 173. vol. 1.* ibi: *Et licet Bart. reprobet decisionem glos. & sequentium* in illis terminis, *tamen videtur se fundare in communi vsu loquendi, qui communis vsus loquendi non præsuponitur in istis terminis*) pero no dixo Bart. q̃ absolutamẽte es falsa, porque antes bien es verdadera, quando la disposicion que comprehende al pupilo, no fue compendiosa, sino solamente pupilar: esto es lo que alli dize Bart. *est falsum in his legibus*, pues no fuera lẽguage de Bart. sino de vn pedante el responder a vn argumento con dezir, *essa proposicion es falsa en mi texto*, si esto no tuuiera misterio. Que fuera ridicula la respuesta de Bart.

Num. 82. Practicase lo dicho con el lenguage, y estilo corriente.

Esta verdad que nos descubren estos Autores, la hallaremos platicada en nuestro lenguage corriente, pues de vn niño aunque no tenga vn año, dezimos. *si este niño no tiene hijos, y descendientes, sucede en esta casa N. por tal vinculo*, y nadie estrañarà esta manera de hablar, como se estrañaria si se dixesse, *si este niño no tiene hijos, y nietos dentro de los catorze años, sucede N.* ò si despues de muerto se preguntase la edad en que murio, y respondiendo que de treze años se boluiesse a preguntar, si ha dexado nietos? no auria quien a tal pregunta, sino diesse vna carcajada, al menos no ar-

queas-

queasse las cejas; y por este comun vso de hablar, q̃ se halla executoriado, *in l. centurio de vulg. & in c. pater si de test. in 6.* se mueue *Paulo de Castro, cons. 351. nu. 3. vers. ad secundum respondeo, lib. 1.* a dezir quod imo decedentes in pupillari ætate videntur decedere sine liberis, ibi: *Quia sic se habet communis vsus loquendi, qui est attendendus*, y a esto fue a lo que aludio *Bart.* que se funda en el comun vso de hablar.

Num. 83. Del pupilo considerado con ensanche a mayor edad, y assi, en terminos de compendiosa, hablan los DD. citados por *Casan. num. 188.*

De aqui se entenderà la razon de la excepcion que pone *Fus.* en el *n. 30.* de la *q. 245.* a la regla que asienta con la *l. verbis ciuilibus*, y la *l. in pupillari de vulg.* que compendiosa verbis directis facta valet intra pupillarem prout pupillaris, postea euanescit, y dize en el *nu. 30. Declaratur secundo non procedere quando substitutio est facta sub conditione* si sine liberis, *quia tunc trahitur etiam ad fideicomissum*; y no puede ser otra la razon, sino que si non posset trahi ad fideicomissum post pubertatem, nec posset intra pupillarem valere, cum pupillus, nisi consideratus respectu, & aptitudine ad maiorem ætatem, & indistincte pro toto tempore vitæ suæ, non posset dici decedere sine filijs, ne ergo sequatur vt fideicomissum contra mentem inutile fiat, contra regulam, *l. Titia, §. 1. de leg. 3.* ibi: *Non sic interpretandam scripturam, de qua quæritur; vt fideicomissum inutile fiat*, limitanda venit illa regula, quæ vltra pubertatem prohibet substitutionem fieri verbis ciuilibus, in substitutione *si sine liberis*, nam si non posset trahi post pubertatem, non posset ante pubertatem valere, cum pupillus nisi consideratus etiam vltra pubertatem, & indistincte pro toto tempore vitæ, intra pubertatem dumtaxat, non posit dici decedere sine filijs, cum nec aptitudine, habere eos posit, si substitutio ad solam pupillarem restringenda esset; y esto es lo que dixo *Couar. in cap. Raynuntius, §. 9, n. 2. vers. duodecimo*, donde en los terminos de las dos disposiciones, *si in minori ætate, & sine liberis,*

ris, dize que es compendioſa, y quē poſt pubertatem adoritur ſubſtitutus, ex verbis teſtatoris, *quæ* inquit, *ſi intelligantur, vt intelligenda ſunt, iuxta communem naturam generandi, ad adultam ætatem trahi debent, neque enim adiectio illa*, ſine liberis, *ita cōuenit pupillari ætati, vt adultę, & ideo ea fuit teſtatoris intentio, vt ſubſtitutus admitteretur, ſine filius in ætate pupillari, ſiue in adulta deceſſiſſet.* Y aſsi los Autores que cita *Caſan d. num.* 188. que deciden, que pupillus dicitur decedere ſine filijs, hablan en terminos de compendioſa, en los quales eſtâ conſiderado el hijo con enſanche, y poſsibilidad a ſer mayor; y aſsi no le obſtan las dos reglas; como en los de la pupilar donde ſe conſidera el pupilo con negacion a la mayor edad.

Eſtos DD. ſuponen q̃ debaxo la cōpendioſa caben las dos eſpecies de ſubſtituciones pupilar, y fideicomiſſaria, digalo por todos *Galiaula, in d. l. centurio, n.* 219. ibi: *Socinus dicit, quod ad hoc vt ſit compendioſa, debet plura tempora complecti, ex quorum temporum diuerſitate, varietur ſubſtitutionis ſpecies, & hoc videtur ſatis ſenſiſſe Bart. hic, nam ad quid requireret Bart. quod complecteretur plura tempora, ſcilicet pupillarem ætatem, & pubertatem, niſi conſideraret ad hoc quod per talia tempora varietur ſpecies ſubſtitutionis, aptitudine.* Num. 84. La compendioſa, en opinion de los DD. citados por *Caſan. num.* 188. comprehēde la pupilar, ſuo tēpore, y deſpues la fideicomiſſaria.

Y eſto ſucede ſin que eſta variacion altere la naturaleza de ſer vna la ſubſtitucion compendioſa, *Bart. in d. l. centurio, n.* 26. *verſ. Item non videtur, quod poſſint dici plures diſpoſitiones, ex pluralitate effectuum, nā aut moritur intra pupillarem ætatem aut poſtea; & ſic vnum erit, ſicut in diſpoſitione alternatiua.* Num. 85. En opinion de eſtos DD. eſta variacion de ſubſtituciones dētro de la compendioſa, no le altera la naturaleza de ſer ella vna, y porque.

De aqui ſe ſigue lo que dizen los Dotores citados por *Caſan. d. n.* 188. *Quod illa verba*, ſine liberis *non faciunt, quod intelligatur ſubſtitutio ſolum facta poſt pubertatem, imo, ſi intra tempus pupillaris ætatis decedat filius, erit pupillaris*, palabras de Galiaula en el Num. 86. Ilacion, con que ſe ajuſta lo que dize el motiuo, a que no ſe opone ninguna de las dos reglas.

O miſ-

mismo *nu.* 103. en que lo cita *Casan.* y esto es lo que dize el motiuo, *conditionem sine liberis etiam in minori verificari.* Y en que la condicion *sine liberis*, se verifique tambien en el hijo que murio pupilo, quando en la disposicion no tuuo limitació a sola la menor edad, yo no me opongo; porque no hallo que en este caso obste ninguna de las dos reglas, de priuatione ad habitum, y conditio se debet habere ad esse & non esse, que son los fundamentos porque Narbona lo niega.

Num. 87. Inuectiua contra los DD. que trae Casan. por de contraria opinion.

Pues como, en vna cosa, que parece tan llana y natural, deciden en los mismos terminos desta substitucion compendiosa. *si mi hijo muriere sin hijos*, glosas, y DD. tan graues, como juntò *Casan. in d. n.* 178. *vers. Tamen quia*, que *intra tempus pupillaris ætatis non est pupillaris, quia ad illam ætatem non aptatur conditio liberorum?*

Num. 88. Se recibe equiuoco en la inteligẽcia de estos DD. y afiança se con ellos la prueua de nuestro assumpto.

Y para esto pido la atencion de V. S. porque se recibe aqui vn grande equivoco, por no atender con cuydado a los terminos en que, y con que hablan estos DD. pues nadie ha de prouar mas concluyentemẽte, ni con mas particularidad que ellos, que en los terminos de compendiosa se verifica tambien en el hijo que muere pupilo, la condicion *si sine liberis*, de que ha de resultar el no encontrarse en este punto estos Autores, y la prueba indiuidua de la distincion del *n.* 75.

Num. 89. Ponẽse las palabras de la glosa a quien siguen estos DD.

La Glossa en la *l. precibus de impub. & alijs subst. verbo fideicomissi*, que es a quien siguen todos los de esta segunda opinion, dize assi: *Si vero ita substituat*, si filius quandocunque decesserit sine liberis, illum substituo, *hanc semper interpretor fideicomissariam, quia talibus verbis non directa, sed fideicomissaria consueuit de iure & de facto fieri, nam si directa non valet post pubertatem, ergo nec ante: Item vna est, sed non est directa, ergo fideicomissaria pro tempore toto*; Et *quia illud verbum* sine liberis *inuit, quod etiam in pupillari ætate substituit per fideicomissum, quia tunc liberos habere nõ* po-

poteſt,las miſmas palabras puntuales pone *Azor*, y lo miſmo dize *Innocentio, in cap. Raynunt.* y *Bald.* (y ambos en terminos de ſubſtitucion, verbis directis facta) y los demas que junta Caſan. por eſta opinion, *d. n.* 178. *verſ. Tamen.*

Señor, eſta Gloſſa y Autores, dixeron coſas, que a prima facie parece ſe eſtàn contradiziendo, pues dizen, que la ſubſtitució *ſine liberis*, no vale como pupilar, ſino como fideicomiſſaria pro toto tempore, tàm ante, quàm poſt pubertatem, *quia verbum* ſine liberis *inuit, quod etiam pupillari ætate ſubſtituit per fideicomiſſum, quia tunc liberos habere non poteſt*; a eſto, arguye *Iaſ. in d. l. Centurio, n.* 13. *verſ. quarto, Ripa, ibidē, n.* 89. *verſ. quinto, Aquilino, ibidem, n.* 73. *in fine*, en eſta forma. Si intra pupillarem ætatem non valet vt pupillaris, quia pupilli liberos habere non poſſunt, ergo neque vti fideicomiſſaria. Num. 90. Son arguydos de contradiccion en lo miſmo que dize.

Pero en eſto miſmo de no valer intra pupillarem ætatem por ſubſtitucion pupilar, y valer por fideicomiſſaria, eſtâ el miſterio, y la prueba mas particular de nueſtro aſſumpto, de la diſtincion que ay del pupilo conſiderado en la diſpoſicion con negacion, a pupilo conſiderado con enſanche, y poſsibilidad aptitudinaria a la mayor edad. Num. 91. Que en eſto que llaman contradicciõ eſtà el miſterio, y la prueua mas clara de nueſtro aſſumpto.

Y para ſu inteligencia, ſupongo, que eſtos Autores niegan, que la compendioſa comprehenda debaxo de ſi la ſubſtitucion pupilar, porque en la compendioſa no admiten eſta variacion de ſubſtituciones, *vt per gloſſam*, ibi: *Item vna eſt*, (& infra. *n.* 96.) aunque confieſſan que comprehende tambien la menor edad, y entra el ſubſtituto, muriendo el hijo menor, y mayor, por la fideicomiſſaria ſiempre. Num. 92. Eſtos DD. niegan q̃ la ſubſtitucion pupilar quepa debaxo la compendioſa.

En ſegundo lugar, acuerdo la diſtincion que ay entre la directa pupilar, y la ſubſtitucion fideicomiſſaria, que la pupilar comprehende tan ſolamente a la menor edad, y eſpira con ella; de ſuerte, que tiene ne- Num. 93. Diſtincion de ſubſtitucion pupilar a ſubſtitucion fideicomiſſaria.

gacion por su naturaleza con la mayor edad, *l. in pupillari, ff. de vulg.* no assi la fideicomissaria, que puede conuenir indistinctè a ambas edades, *l. cohæredi, §. cũ filiæ, ff. de vulgar.* y a esta fideicomissaria llaman tambien compendiosa, *vt per Menoch. præsump.* 51. *n.* 15. *Paul. Castr. in l. precibus, C. de impub. & al. sub n.* 15. *vers.* certé adhuc potest dici compendiosa.

Num. 94. Dizen estos DD. q̃ en la substitucion, *si sine liberis*, muriendo el hijo menor, no entra el substituto por la pupilar, y el porque.

Dizen pues la Glos. y estos DD. que si en la substitucion *si sine filijs decesserit*, el hijo muere menor, no entra el substituto por la pupilar: Su razon es, *quia talibus verbis*, dize la glos. in d. l. precibus, *non directa sed fideicommissaria consueuit de iure de facto fieri, nam si directa non valet post pubertatem*, a donde mira derechamente la cōdicion sine liberis, *ergo necante*, q̃ si la pupilar pudiera valer post pubertatē, o por lo menos, si pudiera, en la opinion destos DD. cōcurrir cō la fideicomissaria debaxo de vna substitucion cōpendiosa, dieran lugar a la directa pupilar, decedente filio intra pubertatem, como lo hazen los DD. del *nu.* 188. de *Casan.* prosigue la Glos. *Item vna est, sed non est directa, ergo fideicomissaria pro toto tempore.*

Num. 95. Descubrese en que consiste la discrepancia destos Doctores, que trae *Casan.* en los *num.* 188. y 178. Los primeros admiten la variacion.

En esto consiste la discrepancia destas dos clases de Autores; que los que referimos primero, admiten esta variacion de especies de substituciones, pupilar y fideicomissaria, dentro de la compendiosa, comprehendidas en ella aptitudine, sin distincion de tiēpos, quedandose la compendiosa en su naturaleza de vna, como se dixo *n.* 75.

Num. 96. Los segundos la niegan.

Pero estos segundos no admiten esta variacion. y por esso niegan, que la substitucion pupilar pueda estar comprehendida debaxo la compendiosa, vt ex supradictis constat, y mas particularmente *ex Oldrado, cons.* 99. ibi: *Et si dicatur, quod pro vno tempore poterat esse directa, puta, pro tempore pupillaris ætatis, & pro alio fideicomissaria, puta, pro tempore quod post pubertatem excurrit, dico, quod hæc variatio non admittitur, nisi in milite.*

De

De lo dicho se sigue la concordia de los DD. de ambas opiniones, sobre nuestro punto; pues vnos y otros concuerdan, en que la substitucion *si sine liberis*, comprehensiua de toda la edad del instituydo, comprehende tambien la menor, con esta diferencia, que los primeros, que no hallan repugnancia en la concurrencia de ambas especies de substituciones; pupilar y fideicomissaria, debaxo de vna compendiosa, muriendo el hijo menor, admiten al substituto por la directa pupilar: y los segundos, porque hallan inconueniente en admitir la pupilar debaxo la compendiosa; le excluyen por la pupilar, y le admiten, aunque muera menor, por la fideicomissaria, que por la comunicacion que tiene a ambas edades debaxo la compendiosa, mira al hijo menor, no como a menor reduplicatiuê, y con negacion a la mayor edad, como lo mira la pupilar sola; sino indistintamente pro toto tempore vitæ suæ, que es lo que para excluyr la directa pupilar dixo *Oldrad. dict. cons. 99. Quia constat quod pater voluerit effectum substitutionis dirigere etiam in tempore quo filij possint habere liberos*. Y notese, que no dixo Oldrado, *solum in tempore, quo filij possint habere liberos*, sino *etiam in tempore*, que denota comprehension de la mayor edad, sin exclusion de la menor; que concuerda con lo que diximos a *num. 76.* y por esso estos Doctores, y Oldrado admiten al substituto por la fideicomissaria en todo tiempo.

Num. 97. Concuerdan vnos, y otros DD. en que en la compendiosa, *si sine liberis*, se comprehende tambien el caso de morir el hijo menor.

La diferencia de los vnos a los otros està, en que los vnos dan lugar a la substitucion directa pupilar dentro la compendiosa, los otros no.

De aqui se entenderâ la segunda razon q̃ dio la dicha glos. *in l. precibus*, & quia verbũ sine liberis, innuit quod etiam in pupillari ætate substituit per fideicomissum, *quia tunc liberos habere non potest*, donde manifiestamente el *tunc*, se refiere a la menor edad en la substitucion pupilar sola, q̃ dize negacion a la mayor, y por esso no admiten, en esse caso al substituto, por

Num. 98. Razon de decidir de la glosa, y DD. con que se satisfaze a la contradicion de que fueron arguydos, y queda su dicho claro, y con grã de consequencia.

la ſubſtitucion pupilar, *quia tunc liberos habere non po teſt*, no, a la menor edad como ſe conſidera en la compendioſa, quia tunc liberos habere poteſt, pues no ſe conſidera entonces el hijo como pupilo reduplicatiue, ſino con el enſanche ad totum tempus vitæ ſuæ; y por eſſo eſtos Autores en eſſe caſo admiten al ſubſtituto por la fideicomiſſaria, que es comun à ambas edades; con lo qual ſe dà ſatisfacion a la objeccion que cõtra eſta gloſſa y Autores hizieron Iaſon, Ripa, y Aquilino, pues el menor en la ſubſtitucion limitada pupilar, liberos habere non poteſt, y en la fideicomiſſaria comun a todo el tiempo, liberos habere poteſt.

Num. 99. Aplicacion de lo dicho a nueſtro caſo, con que queda reſpondido el verſ. nã reſpondetur, quod licet ſecundum, del §. nec refragatur.

Luego ſi el motiuo quiere, que en nueſtra diſpoſicion ſe conſidere el hijo reſtricto a la menor edad dũtaxat, con total negacion a la mayor, ibi: *Reſtringendo, ex vi copulæ, ad tempus dumtaxat pupillaris ætatis*, no ſe podrà verificar en el tal menor la condicion *ſine liberis*; pues entonces tiene negacion a tenerlos, alomenos hijos y deſcendientes dellos, y no puede tener entrada el fundamento del motiuo *conditionem ſine liberis, etiam in minori ætate verificari*, que habla en terminos, quando el hijo ſe conſidera pro toto tempore vitæ ſuæ en la compendioſa, y lo denota el miſmo motiuo con el termino *etiam*, y lo dixo expreſſamente, ibi: *Licet longius tempus includat*; y aſsi queda prouado el aſſunto del *num.* 61. que la condicion; *ſi mi hijo muriere ſin hijos* es incõpatible, cõ la ſubſtitucion primera limitada a ſola la menor edad, *ſi mi hijo muriere menor*, con tal incompatibilidad, que no puede en el tal menor reduplicatiue, verificarſe ni toda, ni parte; y aſsi Fuſario, como diximos en nueſtro *n.* 56. las tiene por incompatibles, y *Mod. ad conſ.* 88. *Alex.* como veremos *n.* 134. y *Rodrigo Suarez alleg.* 27. *nu.* 21. con que queda reſpondido el motiuo, *conditionem ſine liberis etiam in minori ætate verificari.*

Num. 100. Concluyeſe el punto, de que la ſubſtitucion, *ſine liberis* en nueſtro caſo ſolo ſe refiere a la mayor edad, con vn lugar eſtremado de *Cur. jun.*

Cierra eſte aſſunto de nueſtro nu. 61. *Curt. jun.*

in

in l. precibus, C. de impub. & al. subst. donde desde el nu. 66. disputa, si en la substitucion, *si sine filijs*, se comprehende tambien el pupilo, ò solamente el mayor (que la question, sobre si se comprehende, ò no, el pupilo, es, vt per *Narbon. in alan. q.* 51.) y dize que se cõprehende tambien el pupilo, (aunque pone contra esto bien fuertes argumentos) A esta regla pone dos excepciones, ò limitaciones. La primera es, que para que se comprehenda el pupilo, es menester que le resulte algũ fauor, ibi: *Est verum quod Signarolus de Homod. in consi.* 101. *Infans, circa materiam statuti loquentis de illo qui decedit, sine descendentibus, an verificetur in pupillo, ponit notabilem distintionem, quæ etiam confirmat prædictam opinionem, dum dicit quod quando resultat aliquis fabor comprehenditur pupillus, &c.* La segũda, con que remata el num. 68. (que es la que concluye nuestro intento) es como se sigue: *Est etiam alius casus in quo non comprehenditur pupillus, quando esset*, si decesserit in pupillari ætate, & sine liberis, *tũc enim, solum refertur ad tempus pubertatis* (y alega a *Paulo de Castro* en el *consi.* 43. pũtual a nuestro fauor) dõde con euidẽcia se ve la distinciõ q̃ haze *Curt.* del pupilo considerado en la compendiosa pro toto tempore vitæ suæ, al pupilo considerado en la pupilar especifica, cõ negacion a la mayor edad; que en el primer caso, la substitucion, *sine liberis*, es compendiosa para todo tiẽpo, y en el segundo. *si muriere menor, y sin hijos*, la de *sin hijos*, solamente se refiere al tiẽpo de la pubertad. Luego si en nuestro caso la de *sine liberis*, solamente cõprehende la mayor edad, tendrà por fuerça total incompatibilidad con la substitucion, *si in minori ætate decesserit*, pues morir mayor, y menor copulatiue, es impossible; con que parece queda probado el assunto del num. 61.

Num. 101. Conueniencia que resulta del examen de la question; an substitutio, si sine liberis, contineat pupillarem suo tempore;

Heme detenido a examinar por todos estos numeros, los fundamentos de los DD. sobre la question del

num.

num.72 porque los DD. que se alegan, por decisiuos in terminis de nuestro caso, por la otra parte, de quienes dixo el motiuo, *secundum veriorem, & communiorem censuram*, todo su fundamento le ponen en lo que dixeron estos, que en esta question decidieron por la parte afirmatiua; y assi ha sido necessario el descubrir los terminos en que hablaron, para que con esto se manifieste si entra su razon, y autoridad en los terminos en que estos otros la quieren encajar, y quiere aplicarla el motiuo.

Num. 102. De lo dicho manifiestamente se saca que no es sola la razon de superfluydad por la que pretendemos excluyr el concurso de los dos copulados, como dixo el motiuo, ibi: *Nec est ferendum, propter solum euitandam superfluitatem extendere fideicommissum, & c.* aũque sola essa bastaua, sino la de incompatibilidad, que ay en nuestra disposicion, que es la misma que se considera en la de si mi hijo muriere menor, y mayor.

No se reduce nuestra pretension a sola la superfluydad, como señala el motiuo.

Que el motiuo no satisfaze a la superfluydad, en el §. nec ob hoc superflua videtur, a que se responde.

Num. 103. Ni tampoco el motiuo satisfaze aun a la superfluydad, con dezir, nec ob hoc superflua videtur copulata cum alia decedendi in minori ætate, *cum gratia maioris explicationis apponi potuit*, porque esto se impugna con lo que dixo *Corneo, vol.* 1. en el dicho *cons.* 295. magistral en materia de la coniunctiua. Et. *nu.* 5. *vers. nec congruit expositio*, donde trata de las disposiciones, *alias, & post. mortem*, y para no tener que aplicarlo, referirelo, poniẽdo en lugar de las suyas, nuestras disposiciones, dize assi. *Nec congruit expositio.* Et. *pro id est, tum; quia est magna impropiatio, tum; quia est inepta casu isto, cum verbum*, minor, *aliud significet quam sine li* be-

beris, & eorum descendentibus, *dictio autem* idest, *est expositiua, sed si verbum,* minor, *exponeretur, idest,* sine liberis, *esset substitutio facta simpliciter sine liberis: & tunc, A* (que es mi parte) *habet intentum, natura enim dictionis,* idest, *solet importare, vt stemus verbis expositiuis, & ei quod ipsa verba expositiua significant, vt videre est in l. 1. §. 1. de pact. & vbique vbi ponitur dictio,* idest. *Ex hoc constat aperte, si quis vult diligenter, & accurate intueri, & verum fateri, quod dicta verba nō patiuntur expositionem,* Et, *pro,* idest. *Insuper expositio fieri solet, ad maiorem declarationem, sed si testator habuisset illum sensum per illam expositionem* minor, *idest,* sine liberis, & eorum descendentibus, *non magis declarasset mentem suam, imò verba clara dubia reddidisset, nam si simpliciter dixisset, si decesserit minor substituo, A, clara erant verba, & aliena ab omni dubitatione, ideo verba expositiua tendentia ad vnum finem, contrariũ finem operarentur, quod inconuenit; argumento, l. quod fauore de leg. l. legata inutiliter, ff. de legat. 1. & ff. de Edil. edict. c. quod ob gratiam de reg. iur. cum concordãt. Item illa verba,* sine liberis, & descẽdentibus eorum; *frustra fuissent apposita, & sine ministerio, cum vt dixi,* minor, *res erat clarissima, contra l. si quando de legat. 1. & c. si Papa de priu. in 6. Ideo discedat huiusmodi interpretatio, vt exponatur,* minor, idest, sine filijs & descendentibus, *sed stemus propriè vi verborum, à qua non est recedendum, nisi de mente constet, l. non aliter de legat. 3. & 6.* Y dize en el *n. 7. vers. nec huic interpretationi*, que la, Et, no pide el concurso de los dos copulados, a cuya regla responde en el *n.* 8. y concluye que està aumentatiue, como diximos n. 53. cõ que queda excluyda la interpretacion del motiuo, que dize, que la segunda condicion; apponi potuit maioris explicationis gratia (con que quiere euitar la superfluidad) porque no ay razon alguna que lo persuada, y lo que *Casan.* dixo en el consejo 4. desde el *nu.* 176.

fue a la trocada, que alli la explicada era la de *sine filijs & descendentibus*, como verèmos en el *num*. 120. quando tratemos de nuestro punto con *Casan*.

Otras excepciones a la regla del concurso, que se aplican a nuestro caso.

Num. 104. Ni solo en caso de repugnancia y de superfluydad, sino con solo que se siga absurdo, o sentido poco corriente, y despropositado, vel vbi est verisimilis mens disponentis, quod copula, *Et*, sumatur pro, *Vel*, entra la excepcion, que copula resoluitur in disiunctiuam, *vt n*. 51. y traen los DD. otras muchas excepciones que aunque hazen al proposito, pero porque se reducen a estas, ò estas son las mas principales, las dexo.

Num. 105. Todas estas excepciones se ajustan a nuestro caso.

Las referidas patentemente se ajustan a nuestro caso (de la incompatibilidad yâ se ha tratado desde el *n*. 61. y de la superfluydad en el *n*. 103.) pues que mayor absurdo, ni inteligencia mas despropositada puede ser, que el testador, auiendo yâ proueydo a fauor de sus hijos especificamente, para en caso que el primero muriesse menor, quando añadio la segunda disposicion, para el caso de la muerte del instituydo, sin hijos y descendientes dellos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados, en esta segunda disposicion mirase y considerase a sus hijos dentro de la menor edad tan solamente, con negacion y exclusiua de la mayor, pues porque hemos de considerar tal absurdo y disproposito en nuestro testador? Quando para euitarla, enseñan los textos y Autores, y el comun vso de hablar, que la, Y, puesta en medio, no pide el concurso de los copulados, sino que està disiunctiue, ò continuatiue.

Num. 106. A mas de que quando Martin huuiera querido dezir este desproposito, no supo dezirlo, porque la. Y. pues-

puesta entre dos estremos repugnantes, conforme su letra suena a disiunctiua, ò a orden succesiuo, lo vno primero, y lo otro despues, no a concurso de los dos copulados, como diximos en los num. 53. y 56. y asi si esta fuera su mente, no pudiera obrar contra la letra. Y. que en estos casos no suena a concurso, sino a disiunctiua; fuera de que patentemente se ve quan contraria fue su mente.

Aunque el testador huuiera querido dezir lo que pretendẽ, no lo dixo porque le resiste la letra.

Respondese a las palabras, en dicho caso, que pondera el motiuo in §. & tandem licet in viam iuris.

Ni las palabras en dicho caso (de que haze tanta ponderacion el motiuo) excluyen el que el testador dispusiesse por via de compendiosa, comprehẽsiua por su naturaleza de ambas edades ordine succesiuo, ò por via de alternatiua (conforme las excepciones referidas) porque antes bien de las palabras *en dicho caso*, se descubre manifiestamente q̃ el testador hablò alternatiue, que entonces no es mas que vn caso, el que ha de suceder, y por esso dixo en dicho caso suceda, &c. Concluyelo estremadamente Bart. omnino videndus *in l. Centurio num.* 26. referido en nuestro *num.* 85. que dexa sin dificultad el punto, fuera de que en la misma clausula se hallarà que hablando el testador por alternatiua dize *en el dicho caso*, y en la disposicion del *cons*. 4. de *Casan*. se verâ esse mismo modo de hablar en la alternatiua. Num. 107.

Mas antes bien las palabras *en dicho caso*, son exclusiuas de la concurrencia de los dos copulados, pues quien pide la concurrencia de dos casos, no se limita al sucesso de vno, y asi no auia de dezir *en dicho caso*, sino Num. 108.

Mas antes bien conforme discurre el motiuo por las palabras *en dicho caso*, se excluye totalmente la concurrencia de los dos copulados.

sino *en dichos casos*, pues han de suceder todos, para q̃ entre el substituto, conforme la regla que nos ponen del concurso de los copulados; y asi auiendo dicho nuestro testador *en dicho caso*, expressamente excluye la concurrencia de los dos, pues dize repugnancia cõcurrencia de dos, y existencia de solo vno. Y el reduzir los dos a vno solo, es destruyr la regla de la concurrencia, y esto no solo no lo puede obrar la. Y. puesta entre extremos repugnantes, pero ni entre diuersos, pues hazer de dos cosas diuersas vna sola, sabe a repugnancia, como considerò *Crauet. d. cons. 295. n. 7. lib. 1. vers. nec huic interpretationi.* Lo que obra entre los estremos diuersos (que es dõde se pone la Et. *l. si is qui ducẽta in prin. ff. de reb. dub.* ibi: *Quia*, Et, *dicitur poni inter diuersa*) es, vnir en ellos alguna calidad, si se halla, que les sea comun a ambos, como dixo, ibidem el mismo *Crauet.* y conforme esto en nuestro caso, *si muriere menor, y sin hijos, y descendientes dellos*; aquel. Y. sirue de repetir el verbo de la primera clausula, *si muriere*, calidad que es comun al menor, y al que muere sin hijos, y nietos, que necessariamente lo supone mayor, pero no vne todo lo demas de los estremos, que esto seria hazer de dos cosas diuersas solo vna, lo qual dize *Crauet.* que sapit repugnantiam, como es cierto, que serà quando los estremos no solo son diuersos, sino repugnantes?

Respondese al vltimo §. ex his etiam diluitur.

Num. 109. Aqui parece que tiene entrada el punto de la ponderacion, que de mas a mas ex abundanti se haze de nuestra parte, de que siendo el hijo instituido por Martin primero, quando su padre muriò, mayor de edad, como se ve en no dexarle su padre en el testamento tu-

tutor, no pudo el testador referirse al caso de morir menor de edad su hijo, pues ya era mayor, y assi precissamente la relacion no se pudo hazer al caso de morir Martin segundo menor de edad, sino al otro caso de morir sin hijos, y descendientes, y assi (quando fuera necessario) tambien pudieramos dezir que se restriñò el testador a solo el caso de la mayor edad, pues ya el estado de los hijos no daua lugar a los dos.

A esto responde el motiuo dos cosas. La primera en el §. *ex his etiam diluitur*, ibi: *Nam satisfit dicendo, quod ex eo tantum infertur inutiliter fieri relationem, cum fiat ad substitutionem quæ non est compatibilis cum maiori ætate.* Num. 110. Respuesta primera del motiuo.

Pero se responde, que aun quando esto fuera assi, para saluar la mente del testador, y que obren sus palabras, non solum vna substitutio ab aliam trahitur, sed verba debent omni peiori modo impropiari, *vt cum Alex. Trent. de subst. par. 4. cap. 9. n. 3. vers. mouetur quarto dictum est sup.* que serà quando sin violencia alguna de letra suenan las palabras y mente del testador, pues la relacion fit ad ea ad quæ adaptari potest, cum fieri ad omnia nequeat. Et non exigit similitudinem relati, & referentis in omnibus & per omnia, sed iuxta finem disponentis, *Casan. cons. 57. n. 74.* & debet fieri ad id cui congruit, non ad id cui incongruit; *ibidem n. 75.* y en el nu. 76. dize, relatiuum refert qualitates præcedentes, quando non veniret contra intentionem, mentem, & causam finalem disponentis; es puntual *Alex. cons. 136. nu. 2. in fine lib. 5. Barb. de dict. vsufreq; dict. 296. n. 15.* Vease aora, si la intẽcion de Martin pudo ser, siendo yá su hijo mayor de edad, el darle substituto en caso de morir menor, Y si la relacion a los vinculos la hizo a todas las clausulas del testamento de Iuan, ò a solas las possibles, y adaptables al estado en que se hallauan sus hijos, porque querer *quod ex hoc solum sequatur inutiliter fieri rela-* Num. 111. Respondesele, quod relatio fit ad id cui congruit, non ad id cui incongruit.

 tio-

tionem, es tratar repetidas vezes de estolido a nuestro testador, y no querer que signifiquen, ni obren cosa sus palabras, dexandolo casi incapaz de testar.

Num. 112. Segunda respuesta del motiuo. En segundo lugar responde el motiuo en el mismo §. *ex his, vltra quod, non infertur necessario filium esse maiorem quatuordecim annorum, ex quo pater non reliquit tutorem in testamento, potuit enim contingere per obliuionem; seu ob aliquam causam, quæ non apparet, debuisset apertius constare ad finem inducendi fideicomissum, & nouum grauamen inponendum.*

Num. 113. Respondese a ella. Desgraciado anda nuestro testador con el motiuo, pues vnas vezes le dizẽ que habla errore ductus, otra, que inutiliter, y aora, que se le ha oluidado el dar tutor a sus hijos. Esta instancia de inferir, que sus hijos eran mayores, de no dexarles tutor su padre, yo no quiero que tenga mas fuerça que la que ella por si se hiziere en el animo, y juyzio de V. S. ni sola ella es el vnico fundamento de mi vinculo, (como parece lo insinua el motiuo: ibi, *debuisset enim apertius constare ad finem inducendi fideicomissum*,) sino vna ponderacion que sobre los demas fundamentos se haze, de que los hijos al tiempo del testamento eran mayores, con lo qual precisamente se excluye el que el padre quisiesse hazer relacion a la parte del vinculo tocante al caso de la menor edad, sino al otro caso solo de morir mayor sin hijos, cui congruebat relatio.

Otro medio por si solo, bastante a la decision del punto principal.

Num. 114. Quando en la compendiosa se expecifica algun caso, es compẽdiosa partim specifica, partim generalis quo ad reliquos casus. Aqui parece tiene lugar otro medio, por si solo, bastante a la decision deste punto; y es, que aunque en la substitucion compendiosa se declare algun estremo, ò calidad, que parezca tener limitacion a cierto caso, o tiempo, no por esso quedan excluydos los demas casos

ſos y tiempos,que ellà comprehende por ſu naturaleza;ſino que reſpeto de lo eſpecificado, ſe dize la ſubſtitucion totalmente expreſſa, y reſpeto de lo demas, ſe dize comprehendida en la naturaleza y generalidad de la compendioſa,atq; ita erit pro parte expreſſa,& pro parte compendioſa;quod nec rationi nec iuſtitiæ repugnat,vt eleganter expendit, *Bart. in l. moribus n.28. ff. de vulg. ſubſt.* donde pregunta, como ſe ha de entender la ſubſtitucion, quando vn teſtador dize: *Si mi hijo fuere heredero, y muriere dentro de la pupilar edad,ſubſtituyo a Ticio*, porque parece que para verificar eſta clauſula, ſon neceſſarias dos coſas: la vna,que el hijo ſea heredero: la otra, que muera dentro la pupilar edad; ſucede pues,que muere dentro de dicho tiempo,antes de ſer heredero, preguntaſe, ſi ſe admitirà el ſubſtituto,y reſponde Bartulo que ſi,porq̃ la dicha ſubſtitucion fue pupilar, en que tambien ſe incluye la vulgar,y aſsi comprehendio los vnos, y los otros,caſos y tiempos, *& ſecundum hoc* dize Bart. *Eſt partim expreſſa, & partim tacita, expreſſa videlicet quo ad caſum*, ſi hæres erit,& intra pupillarem ætatem decesserit, *tacita autem quo ad caſum*, ſi hæres non erit, vel intra dictum tempus moriatur (noteſe el eſtilo de Bartulo en eſte caſo, y ſe hallarà que no haze diferencia del, *Et*, al *Vel*,) *argum. text. l. iam hoc iure, ff. eod. tit.* Y es a propoſito el exemplo del Euangelio, *Dicite Diſcipulis & Petro*, que fue lo miſmo que dezir,dezidlo a Pedro,y a los demas Dicipulos;y ſi en los terminos de Bart. la tacita vulgar produce eſſe efecto contra la figura exterior de las palabras, ſiendo caſos contrarios,ſer,y no ſer heredero, que dificultad puede auer en el nueſtro,pues la fideicomiſſaria comprehendida en la compendioſa,no es tacita, ſino literal verbis generalibus.

Siguiendo pues la conſideració de Bart. dezimos, que eſta ſubſtitucion compendioſa, *ſi mi hijo muriere*

me-

menor, y sin hijos, y descendientes dellos, contiene à la letra el mismo misterio, porque es clara, especifica, y indiuidual, respeto del caso de morir menor, y es cõpendiosa, respecto de los demas casos, y assi comprehende el de morir mayor sin hijos, porque la compendiosa sirue para todo, porque como incluye la vulgar, pupilar, y fideicomissaria, se ajusta conforme el suceso, ocasion, y tiempo de cada vna; y assi muriendo Martin menor, entra el substituto por aquella parte de cõpendiosa, expresada de por si, specifice, y indiuidual, *si muriere menor*, y muriendo mayor y sin hijos, entra el substituto por aquella otra parte que le quedò a la cõpendiosa en su generalidad, que es la fideicomissaria post pubertatem; quam animaduersionem Bart. comprobat. *Alex. in l. precibus n. 9. de impub. Salicet. in l. si testamento n. 10. C. eod. tit.* latissimè in materia substitutionis compendiosę, *Nicol. Boer. decis. 38. n. 8. cum sequent.* Y *Natad. cons. 295. lib. 1. nu. 5. vers. vel quãdo*; dize, quod quando aliquę species sunt specialiter prouisse non omnes, generalis clausula refertur ad nõ prouissa, *l. doli clausula, l. stipulationum comodissimè, §. doli clausula, de verb. oblig. & l. santio legum ff. de panis.* Y en puntuales terminos de las dos substituciones, si in minori ætate, vel sine liberis, por la misma razon que Bart. decide lo mismo *Corneo, cons. 297. in princ. lib. 1.* sin que diuersifique nuestro caso el estar el *Vel*, y no, *Et*, entre aquellas substituciones; porque para Corneo, como quien sabia la disposicion de la ley *generaliter, C. de inst. & subst.* es lo mismo alli el *Vel*, que el *Et*, y lo dize, ibi: *Tum quia illa coniunctio, Vel, coniungit diuersa, arg. eius quod no. in rub. tit. de iuris & fac. ig. & sic est facta morienti post pupillarem ætatem*; de suerte, que para prouar la significacion alli de la coniuncion *Vel*, alega vn lugar que contiene, *Et*, y assi este lugar es en terminos decisiuo deste punto.

Y con estos mismos terminos de fideicomissaria

par-

partim ſpecifica,& partim general, ſpecifica, quoad illam partem, *ſi in minori ætate deceſſerit*, que es la pupilar, y general, quoad reſiduum, ſcilicet vulgarem & fideicomiſſariam poſt pubertatẽ, hablò *Menoch.conſ. 362.n.5*. Y veaſe que es muy particular lugar, y comprehenſiuo de la materia; (y le alegamos en el nueſtro *nu* 134. para moſtrar que en nueſtros terminos monta tanto, que diga, *Vel*, como, *Et*.) Y es bien a propoſito el lugar de *Curt.jun*. que truximos en nueſtro *nu*. 100. y aqui ſe manifieſta mas claramente ſu razon de decidir; que es, porque en eſta compendioſa partim expreſſa ſpecifica, & partim generalis, *ſi in minori ætate deceſſerit, & ſine liberis*, la ſpecifica primera, *ſi in minori ætate* comprehende tan ſolamente aquella parte de la compendioſa que pertenece a la menor edad, y la ſegunda general, *ſine liberis* comprehẽde todos los demas caſos de la compendioſa, como ſon, la vulgar poſt pubertatem y fideicomiſſaria, nò comprehendidos en la primera ſpecifica, y aſsi eſta compendioſa es partim ſpecifica, & partim generalis, y la parte general, que es la de *ſine liberis*, ſolamente comprehẽde en eſte caſo, lo que no quedò comprehendido en la ſpecifica, *ſi in minori ætate*, y por eſſo dixo Curtio, q̃ en eſſe caſo, en la de *ſine liberis*, nõ cõprehẽditur pupillus, *quia tunc, ſolum refertur ad tempus pubertatis*.

Siendo pues dos las ſubſtituciones de nueſtro caſo, vna ſpecifica pupilar, *ſi Martin muere menor*, otra, general quoad reliquos caſus compendioſæ non ſpecificatos in prima, ſcilicet, quoad vulgarem poſt pubertatem, & fideicomiſſariam, que duda puede auer que eſtan alternatiue, o ſuccedaneamente; y por eſſo Corneo en el conſejo 295.n.5. lib. 1. dixo que quando la, Et, ponitur inter duos caſus, vnum ſpecialem, alium generalem, *ſtat inter diuerſa, vt decet, & ſic ampliatiue ponitur copula*.

S En-

Entraſe al examen del motiuo, ſobre la clauſula ſecundum DD. veriorem, & communiorem cenſuram del §. primero.

Num. 115. Con lo dicho parece que ſe ha procurado dar ſatiſfacion a todos los §§. del motiuo examinãdo en ellos todos los fundamentos de que ſe vale para excluyr el vinculo, reſeruamos el §. *Rurſus non obſtat*, porque es el que toca el punto de la incompatibilidad (que es nueſtro mas ſolido fundamento) para el *num.* 134. en que tratamos de la apoſtila de Aden al *conſ.* 88. *de Alex.* que es de donde ſe formò aquel §. Aora ſolo nos reſta el examen de aquellas palabras vltimas del §. primero, *ſecundum DD. veriorem, & comuniorem cenſuram*, que con cuydado lo he reſeruado para lo vltimo, porque eſtos DD. cuya cenſura dize el motiuo que es la mas verdadera, ſe valen, y alegan la autoridad, y razones de los DD. que reſueluen por la parte afirmatiua la queſtion del *num.* 72. en la compendioſa, *ſi ſine liberis*, afirmando que ſe verifica tambien en el menor, mas que mucho ſi es mayor la vnion que ſe puede conſiderar entre las diſpoſiciones de *morir menor de edad, y ſin hijos*, comprehendidas breuitatis cauſa debaxo la compendioſa, *ſine liberis*, que la que puede darles la, *Et*, cuya naturaleza es, que ponatur inter diuerſa, *vt per Cenedo d. ſingula*, 50. *num.* 4. y tan fragil para quien ſe le reſiſte, como vimos deſde el *num.* 45.

Razon porque eſte examen ſe ha reſeruado para lo vltimo

Num. 116. Dioſenos por duda la autoridad del inſigne Luys de Caſan. que en la cauſa de Quinto tratò del punto de la condicion, ſi inminori ętate deceſſerit, & ſine filijs legitimis, y de ſus alegaciones, y de todas las demas que eſcriuieron por ſu parte tantos inſignes Aduogados dentro, y fuera de Eſpaña, formò deſpues de

A Caſanate nos le oponen por contrario.

ſen-

ſentenciada la cauſa, aquellos conſejos primeros; y parece que no ay mas que dezir en drecho de lo que alli ſe recoge a beneficio de ſu parte, y por eſſo nos le dan por contrario, y yo le elijo para campo de batalla de eſta diſputa.

En el conſejo quarto deſta clauſula: *Et ſi contecerà los dichos Ramiro, Franciſco, y Iuan Sãchez Muñoz morir ſin fillos, & deſcendientes de ellos maſclos, legitimos, & de legitimo matrimonio procreados, o morir menores de edad, è ſin fillos legitimos en el dito caſo quiero, ordeno, y mando, &c.* Franciſco murio el vltimo de los tres hermanos, ſobreuiuiẽdole Miguel ſu hijo, el qual murio ſin hijos. Num. 117. Clauſula del caſo de Caſanate.

Pretendieron los contrarios de Caſanate dos coſas: la primera *nu.* 10. (refiriendoſe la clauſula à los hermanos) que no auia de tener lugar en aquel caſo el *conſ.* 21, de Oldrado, que dize, que para la deficiencia de la condicion baſta que ſobreuiua el hijo, aunque ſea vn inſtante, y que la ſuperuiuencia de Miguel, pues murio luego ſin hijos, no haze que falte la ſegunda condicion *ſine filijs, &c.* en aquel caſo, por las particulares conjeturas que concurren contra Oldrado, concurriendo las quales, pretendieron recedendum ab Oldrado, y que ſe ſatisface a la condicion *ſine filijs*, aunq̃ ſobreuiua el hijo, ſi eſſe muere ſin hijos: lo ſegundo, quando eſto primero no tuuieſſe lugar, pretendieron q̃ aquellas palabras, *o morir menores de edad, è ſin fillos legitimos*, no ſe refieren a los dichos tres hermanos, Ramiro, Franciſco, y Iuan, ſino a los hijos dellos, por eſcuſar la ſuperfluydad de la repeticion; y que auiendo muerto Miguel ſin hijos, ſe purificò la condicion: a lo primero defiende Caſan. non eſſe recedendum ab Oldrado, haſta el *verſ. Nec obſtat, n.* 171. Num. 118. Pretenſion de los contrarios de Caſanate.

Deſde el *verſ. Nec obſtat*, trata de reſponder a la ſegunda pretenſion, esforçãdo que aquellas palabras, *ò morir menores de edad, è ſin fillos*, ſe han de referir a los Num. 119. Pretenſion de Caſanate, que las palabres, o morir menores de edad, y ſin hijos, ſe han de referir a los hermanos, y no a ſus hijos.

los hermanos, y no a los hijos de los hermanos, fundase, en que para esta inteligencia pretendida por los contrarios, es necessario vn absurdo; qual es, personas, personarum nomen, aliud verbum, aliam conditionem; aliud tempus suplere, y otras razones que alli trae.

Num. 120. Razon de Casanate para excluyr la superfluydad, donde la condicion sine liberis & descendentibus eorum, es la explicada.

Vnde, dize en el *n.* 178. *Licet pupilli possint dici sine filijs decedere, ex vera & cõmuni opinione; Bart. in l. centurio vbi Ias. n. 33. de vulg. Tamen quia multi tenent contrarium, AZor* (y los demas que alli alega) *ideò ea verba*, ò morir menores de edad è sin fillos, *non superfluo, sed ad tollendam hãc controuersiam adiecta censeri debent*, de suerte, q̃ lo que alli esfuerça Casanate, hasta el *n.* 184. es, que estas palabras, *ò monir menores de edad, è sin fillos*, ad fratres nõ ad filios fratruum referũtur, porque esta clausula, *ò morir menores de edad, è sin hijos*, no induce nueua disposicion, sino solamente es vna explicacion mas clara de lo mismo que contiene la primera clausula, *Et si contecerà los dichos Ramiro, Francisco, Iuan SancheZ morir sin hijos, & c.* lo explica el testador, en el sentir de Casanate; esto es, *morir menores de edad, y sin hijos*, para quitar la duda de si en la primera clausula estuuo comprehendido el menor.

Num. 121. Ilacion, de que pues en el sentir de Casanate, morir menor de edad, y sin hijos, suena lo mismo que morir sin hijos absolute, tenemos a Casanate por nosotros

Segun esto en el sentir de Casan. lo mismo es dezir morir menores de edad, e sin fillos, que morir sin fillos absolute sola de per se; y siendo cierto conforme Casanate, que la condicion de morir sin hijos, sola de per se, comprehende tambien la mayor edad, y es cõpendiosa, como asienta el motiuo, segun esto, la segũda clausula, *o morir menores de edad, y sin hijos*, expositiua de la primera, tambien es comprehensiua de la mayor edad en el sentir de Casan. que con estas dos vnidas explica, y glossa aquella sola de morir sin hijos, &c. luego conforme el sentir expresso de Casanate, lo mismo es dezir morir menores de edad, y sin hijos, que dezir morir sin hijos absolute, luego a Casana

te

te hasta el *n*. 184. tenemosle por nuestra parte.

Y despues de auer esforçado esto, hasta el *nu*. 184. como tan grande Aduogado tentandolo todo, añade otro medio, no solo diuerso, sino contrario del passado, *verum vt prorsus corruat argumentum respondeo; quod & si ea verba*, ò morir menores de edad, y sin hijos, *ad descendentes referantur, tamen copulatiue adimpleri debebunt*; y inmediatamente en el *num*. 185. da la razon, *quia cum possibile sit minores etate filios procreare, ex Tiraq. & ideo in regno a d. copula recedendum non est; cum non sit impossibilis de iure naturali.* Num. 122. Otro medio de que se vale Casanate, contrario al passado.

Pero quādo lo que dize Casan. procediera en aquel caso de la condicion de menor edad, y sin hijos por la razon que da; no procede en el nuestro; donde no solo se dize, *si muriere menor, y sin hijos*, sino *sin hijos, y descendientes de ellos*, y ya se ve que es impossible que en la menor edad, con negacion a la mayor (quando le diessemos que pueda tener hijos,) pueda tener nietos; con que manifiestamente se conuence que en nuestro caso cesa el motiuo, y razon en que se funda Casan. con que le tenemos por nuestra parte. Num. 123. La razon de Casan. aunque procediera, no tiene entrada en nuestro caso.

De que tambien se infiere, que los DD. que junta Casan. en el num. 186 que dize son en terminos, quando dixessen lo que el pretende, no son para nuestro caso, donde no solo se puso *sin hijos*, pero se añadiò, y *descendientes de ellos*, sino para el caso dōde se dixo. *Si muriere menor de edad, y sin hijos*, que es el de Casana. en el qual esfuerçan no ser impossible el tener hijos el menor malitia suplente ętatem, y de aì mismo se saca el contrario sentir de estos DD. en nuestro caso de hijos, y descendientes de ellos, por ser esto impossible a natura. Num. 124. Aunque los DD. q̄ trae Casan. dixeran lo que el quiere, de su razon se saca, que ellos y Casanate en nuestro caso sienten con nosotros.

Pero ni aun en el caso de *sine liberis*, tiene Casan. por si todos los Autores que alega, lo qual se verâ reconociendolos vno por vno. Num. 125. Dotores que alega Casanate.

El que se alega por primero, y Capitan de esta opinion Num. 126. CVMANO.

nion a *Cumano conſ.* 126. *proponitur quod Bartholomeus* (quem ſolũ pro hac opinione refert, & ſequitur; *Mod.in apoſt.ad Alex.conſ.*88. como dixo *Zanco in §.cum ita* 8.*par.n* 171.)fundaſe en q̃ no es impoſsible a natura el engendrar el menor;que es el fundamento de Caſan. y ya ſe ha viſto que eſto no ha lugar en nueſtro caſo, a mas de que la contextura del conſ. de Cumano, parece que tiene implicacion, pues en el tema aſsienta,quod Iacobus cui facta fuerat ſubſtitutio decimo quarto anno ętatis ſuæ,vel circa deceſsit,nam dictio circa, eſt incerta, & nihil operatur neque probat circa tempus quando debet eſſe complectum, *vt Cened.ſing.*8.*num.*6. Y el de la pupilar ha de ſer cumplido, *inſt.quibus modis tutella finitur in principio*, *Intrigol.de ſubſ.cent.*1. *quæſt.*98. *num.* 18. y parece,no conſtando que el pupilo murio mayor de edad, ſino que murio in 14. vel circa, que no auia de eſpirar la ſubſtitucion conforme lo que dize,y tamẽ dize *Cum.* que expiro; pero ſea eſto como fuere, ni *Bart.* ni la *gloſa in d.l.precib us*,de cuya autoridad ſe vale, dixerõ lo que Cumano aſienta en los terminos de pupilar eſpecifica, ſino en los de compendioſa, vt diximus *nu.* 74. & 75. y contra *Cum.* alega *Ripa infra nu.*94. *à Bart.in l.centurio, verſ. Item quæro iuxta prædicta*, que es muy puntual lugar.

Num. 127. IASON. Iaſon en la *l.in pupillari de vulg. nu.* 13. (que eſtà errado el *nu.* en *Caſan.*) no haze mas que referir el conſejo de Cuman. y pone los argumenros contrarios, y dize que por la opinion de Cumano, haze la l. centurio,*vbi compendioſa facta ſi ſine liberis deceſſerit, & tamen ſi infra pubertatem moriatur ſucceditur, & intelligitur pupillaris ſubſtitutio, & tamen a communiter accidentibus, quis non procreat filios infra pubertatem, & tanto plus,quia ibi intelligitur pupillaris dato, quod non ſit expreſſa,niſi generaliter vt dicit Bart.quãto magis quando expreſſa & ſpecialiter teſtator ſubſtituit,*

tuit , licet glossa tenuit contrarium & male , in l. precibus, vbi tenet quod talis compendiosa non contineat pupillarem,(pero la glosa no dixo que no cōtenia la menor edad , sino que no contenia la substitucion pupilar,como queda explicado en nuestro n.94.)y concluye Iason , *tandem consuluit Raphael non esse recedendū à verbis testamenti , & quod verba stant proprie quià in pupillari ætate potest habere iustos liberos ex matrimonio*. Esta razon ya se ha visto que no entra en nuestro caso,y segun Iason discurre en el de Cumano, parece que se confirma la implicacion que hemos notado en Cumano ; pues las razones de Iason se encaminan a fundar, que en el caso de Cumano se sucede al pupilo por la pupilar , lo qual yo no niego , pero no a negar, que tambien entra el substituto muriendo el instituydo mayor,y sin hijos.

De Socino,*in l.si ijs qui ducenta,§.fin.ff.de re. dub.* dixit *Craueta cons.685.lib.4.nu.11.* que asentitur *dicto Pauli,in d.cons.43.*(que es a nuestro fauor)quamuis contra argumentetur ; vease a Socino. Num. 128. SOCINO.

Ripa,*in l.Centurio num.39* refiere las razones que hazen por vna , y otra opinion , y relinquit cogitandum, y el mismo en el *num.94.* omnino videndus,decide a nuestro fauor,y satisfaze a Cumano, y alega vn insigne lugar de Bartulo,sobre el qual se vea al mismo *Ripa* ibidem *num.145.* Num. 129. RIPA.

Alciato *in d.l.Centurio num.18.*(que reprehende a Cumano,y Castrense,diuersificando sus casos,porque en el de Castro,vsus fuerat testator copulatiua, y en el de Cumano soluta, *& tamen*,dize, *vterque illorum tenet, quod ab altero teneri debet*) se funda contra Castro en que non temere a regula recedendum est,quæ naturam coniunctiue esse indicat, vt concursum vtriusque requirat;pero quan debil sea este fundamento lo dixo el mismo *Alciato in d.cons.50.aliàs 43.lib.1.*ibi:*natura copulæ est incerta, &c.* Num. 130. Alciato in l. centurio.

A las

Alciato in conf. 128.

A las razones de Alciato, en el consejo 528. satisfazemos, a la del tunc, & in eum casum, que es la del motiuo in §. *Et tandem* con lo que hemos respondido *n.* 107. y de la de la superfluydad se ha tratado en nuestro *num.* 103. y no la llamamos superflua a la condicion, *y sin hijos*, porque digamos que conditio liberorũ tacite inest en la de menor edad, porq̃ antes bien en la menor edad reduplicatiue, tenemos probado desde el *num.* 61. que de ninguna suerte inest en ella, ni se entiende, antes tiene con ella repugnancia, a mas de q̃ la regla *expressio eius* de la *l.* 3 *de leg.* 3. se entiēde, *quando id quod inest, inest ex natura ipsius rei non autem ex interpretatione legis, nam in posteriori casu expressio alterat dispositionem; sed in nostro casu*, habla de la condicion, sine liberis, *ista conditio non inest ex natura substitutionis, sed ex benignitate legis, Sforc. de comp. sub. part* 5. *art.* 1. *num.* 11. y Galiaula, *in l. Centurio n.* 202. Trae otra excepcion, que regula procedit vbi tacitum inest simpliciter, & absolute, secus quando limitate, como sucede en nuestro caso; pues a la condiciō, *sine liberis* expressa, le dan comprehension de la menor, y mayor edad, y a la que llaman tacita la limitan, y reducen a sola la menor edad, y asi, pues no monta lo mismo tacita q̃ expressa, la expressa obrara aquello que contiene de mas a mas que la tacita, conforme esta excepcion. Y quanta diferencia se considere en la condicion, *sine liberis*, tacita, a la expressa, que en esta entra la disposiō de la *l. generaliter C. de iust. & subs.* que haze coniunctas las disiunctiuas, y no en la tacita, vease en la adiccion al consejo 88. de Alex. a Nata (cuyas adiciones estan al fin de cada vno de los libros de Alex. que las que estan dentro de los consejos no son de Nata como creyeron algunos,) con que tambien se excluye esta razon de Alciato. A mas de que no la llamamos superflua, por dezir que tacite inest, pues nō inest, sino porque las palabras que no obran cosa son

su-

superfluas, pues estaria por demas, y sin obrar cosa en el testameuto la substitucion segunda *sine liberis, & c.* y assi superfluò.

De aqui es, que siendo tan debil la complision de la naturaleza del *Et*(como prouamos desde el *n.45.*) muchos Dotores, para decidir que en el caso de *si in minori ætate, & sine liberis*, suena à disiunctiua, se contentaron con la razon de euitar la superfluydad, pero no excluyeron la que es mas eficaz, y precissa, de que hæ duæ conditiones non sunt coæqueuę, siue æquê principales, sed succedaneæ, & vna indefectum alterius posita, & simul non possunt stare copulatiue, quia respiciũt diuersa tempora, que son las que trae *Mod. ad Alex.* como verèmos en nuestro *numero* 134. y vltra desto Alciato pretende, que su instituydo murio con hijos, porque tuuo vna hija legitima; y si en su caso se substituìa para solo el caso de menor edad en fuerça de la copulatiua *Et*, como dixo el testador que substituìa vulgariter, pupilariter, & per fideicomissum? pues todo esto no podia suceder coniunctim, sino alternatiue.

Hieronymus Zanco, *in §. cum ita 8. par. n.* 171. es decisiuo en nuestro fauor, y de la distincion de Alciato entre el caso de Cumano, y Castro, dize, *verum ista Alciati differentia mihi non placet; cum regulariter soluta ponatur pro coniuncta*, y es lo mismo lo vno que lo otro, vt ex *Couarr. in c. Raynũtius de testa. §. 9. n. 2. versic. decimo*, ibi: *Nec quidquam refert dictum sit à testatore*, si in ætate pupillari, & sine liberis decesserit, *Vel* in ętate pupillari sine liberis, *Fus. q.* 455. *n.* 15. (de quo *plenius nu.* 134. *vers. De aqui es*;) y por esso yo no le opuse a Cumano el q̃ no habla en condiciones coniunctas, sino solutas, porque nuestra razon igualmente milita en ambos casos, como lo dixo *Ripa d. n.* 94. ibi: *Ratio tamen præalegata facit contra Rapha. omni casu*, y aunque *Ferrariense in practica, tit. de forma li-* Num. 131. Hieronymus Zancus.

V bel-

belli in compend. subst. numer. 10. haze alguna distincion, de quando està disiuncta està disposicion; *si decesserit in pupillari ætate sine filijs*, a quando ay *Et*, ò *Vel*, que en el primer caso, aunque decide que decedente filio post pubertatem admititur substitutus; pero pone alguna razon de dudar en que las palabras *sine liberis*, parece que tienen su determinacion de las de si *in minori ætate*, *Neq;* dize: *In hac dispositione est apposita aliqua alternatiua, vel copulatiua, quæ habeat denotare hanc substitutionem debere in tempus post pubertatem extendi*; de suerte, que segun Ferrariense, quando ay coniunctiua, cessa aun la razon de dudar; y tambien deste lugar se saca, que en este caso Ferrariēse haze igual juyzio auiendo coniunctiua, que auiendo alternatiua.

Num. 132. AQVILINO. Aquilino *in l. centurio n.* 36. asienta, que la compendiosa in puberi filio in potestate verbis directis facta intra pupillarem est pupillaris, postea euanescit, da la razon n. 48. y en el n. 80. (que referimos en nuestro n. 80.) asienta, que conditio sine liberis ad tempus pubertatis, quo esse potest, refertur, aũque con inclusiua de la menor edad ex mente testatoris; porque el referirse a la mayor el padre, fue mostrar su deseo, no, excluyr la menor, sino indistintamente incluyr toda la vida del hijo; pero resuelue, que sin embargo solamente vale dentro de la pupilar edad por la substitucion directa pupilar, y despues euanescit, quia verbis directis vltra pubertatem substitui non potest, aunque el testador lo quisiesse, y lo dixesse, quia a iure prohibitũ est, *l. verbis cibius, l in pupillari, ff. de vulg.* parecer que es contra la comun, que dize que la substitucion *sine liberis*, etiam verbis directis facta, por la eficacia de las palabras *sine liberis*, intra pubertatem es pupilar directa, postea fideicomissaria, *vt Intrigl. de subs. centuria* 3. *q.* 14. *in prin. Sforcia de compen. subst. p.* 5. *art.* 1. *n.* 40. & ex professo tractat hunc punctum a *n.*

10.

10. *Bald. in l. ex tribus 26. C. de inoffic. testam. idem Bald. cons 47. n. 1. vol. 1. vbi intelligit cap. si pater de testa. in 6.* quod ibi substitutio trahitur ad fideicomissariam post pubertatem, *Fus. de subst. q. 245. nu. 30.* en q̃ se descubre la eficacia grãde de la letra de la condicion *sine liberis*; pues concurriendo con las palabras directas, preualece y vale post pubertatem, contra lo dispuesto por derecho. En efecto, sin embargo Aquilino lleua que per prohibitionem legis, aunque el testador aya querido otra cosa; substitutio sine filijs verbis directis facta, post pubertatem euanescit.

Esto supuesto entra el *n. 81.* y pregunta: *Sed quid si verba substitutionis sint coniunctim, aut disiunctim cõcepta, coniunctim ita, si in pupillari ætate, & sine liberis decesserit, solutim ita, si in pupillari ætate sine liberis decesserit,* y responde, *& vtroq; casu cẽseo tẽpus dũtaxat pupillaris cõplecti, quia coniunctio seu punctus, qui loco copulæ habetur, cõcursum vtriusque copulati requirit.*

Señor, esta pregunta que aqui haze Aquilino, parece ociosa, pues el que requiera el concurso de los dos copulados, para Aquilino importa poco, pues aunque no lo requiera, sino que cada vno aya de estar de por si, alternatiue, para Aquilino fuera lo mismo, pues assentando en el dicho n. 80. que la condicion sine liberis segun su letra mira a la mayor edad, aunque sin exclusiua de la menor, sin embargo por las palabras ciuiles *hæres esto*, la restriñe alli a sola la menor, contra la letra y contra la voluntad del testador, fundado en q̃ lo resiste la ley, *vt dixit dict. n. 48.* luego ociosa es alli la pregunta y question de la coniunctiua, cuyo efecto tira a manifestar el animo del testador, pues en la condicion *si sine liberis* sola, donde està claro con letra expressa, tampoco quiere Aquilino que valga post pubertatem, por la resistencia de la ley; y assi parece que Aquilino no cansaria mucho el discurso sobre punto, cuya resolucion a qualquiera parte que cayga, pa-

ra la que Aquilino tiene tomada sobre el punto en orden a que haze la pregunta, es lo mismo que requiera, o no requiera el concurso la copulatiua.

A mas de que su fundamento para el concurso es, quod pupillus quandoque malitia suplente ætatē liberos generare potest; y en lo mismo que dize anda tan inconstante, y inconsequente, que todo lo que ha dicho lo peruierte, solo con que el testador añada a la concion, & *sine liberis*, el termino, *quandocumque*, facile enim dicere erat testatori, addere dictionem, *quandocunque*, si post pubertatem, vel directo, vel per fideicomissum substituere voluisset; siendo la diccion, *quandocunque*, en la compendiosa, *sine liberis*, tan de poco efecto, que monta tanto que estè, como que no este, como diximos *n.* 31. pero quien se contentò con el corto socorro de sola la dicció *quandocunque*, que hiziera con el de, & *sine descendentibus eorum*, de nuestra substitucion? Y en primer lugar se vale de la autoridad de Corneo, en el lugar en que lo cita Casan. a cuyo examen passemos.

Num. 133. Refierese a Galiaula que se remite a Corneo, y ambos hablan en vn mismo caso.

Galiaula *in l. centurio n.* 314. *in* 3. *tom. repet.* se remite a Corneo, y vno y otro hablan en vnos mismos terminos, veremos por esto primero a Galiaula, aunque no lo cita allì Casan. que dize: *Item faciunt prædicta, si testator dicat sic, substituo talē filio meo* si decedat in pupillari ætate, & *iterū addat*, si decedat inpupillari ætate, & sine liberis, *an dicatur substituisse etiam post pubertatem, breuiter de hoc vide in terminis Corn. cons.* 61. *in* 2. *par.* & *pro nunc nihil determino, quia articulus apud me est valde dubius, inclinarem tamen* (que hiziera Galiaula en nuestros terminos) *quod diceretur facta substitutio post pubertatem, vt verba testatoris aliquid operentur,* & *illa repetitio non sit omnino superflua*, vamos aora a Corneo.

Corneo en nuestros terminos decidiò lo contrario.

El caso de Corneo, *cons.* 61. *n.* 2. *lib.* 2. es en los mismos terminos que el de Galiaula, y en el num. 2. dize: *Quid*

Quid enim nobis constat quod testator voluerit & pupillariter, & per fideicomissum substituere, certè ista mẽs mihi non apparet, quinimo ex quo reiterat bis illa verba, si mori cótingerit in pupillari ætate, *potius innuit, quod testator voluerit se restringere ad pupillarem ætatem*; pero si el testador no huuiera reiterado dos vezes la condicion, *si in pupillari ætate*, es certissimo que Corneo no huuiera decidido esto sino lo contrario; y sino se me cree, diganoslo el mismo, q̃ nulla contingẽtia cassus cogente, sino libremente cortando a su arbitrio, pone la forma con que el testador esplicàra su mente con claridad y facilidad, *si enim* prosigue inmediatamente Corneo; *voluisset addere etiam substitutionem fideicomissariam, erat facile dicere secundo loco*, & si mori contigerit sine filjs; *non repetendo illa verba* in pupillari ætate, Puedo yo hallar autoridad mas decisiua del caso a mi fauor, que la de Corneo; que me traen por contrario? Puntual decisió de Corneo en nuestro fauor.

Tratase con mas particularidad del lugar de Aden al consejo 88. de Alex. que es la materia del §. Rursus non obstat: del motiuo, a que se responde.

Hemos reseruado con cuydado para el vltimo lugar al adicionador (cuyo nombre, que no es Nata, se prohibe) de Alexandro en el consejo 88. *lit. A. lib. 7.* Num. 134. porque deste lugar se formò aquella parte del motiuo, que es la mas principal del punto del §. *rursus non obstat has duas conditiones esse necessariò separandas*, cuya mas indiuidual respuesta hemos reseruado para aqui. Glosa Aden. la proposicion que asentò *Alex. num. 1. ex l. generaliter in princ. Cod. de inst. & subst. l. Lucius vltima. ff. de hered. inst.* quod conditiones inter quas est illa conditio, *si sine liberis*, dato quod sint di-

siun-

ſiunctiue conceptæ, & prolatæ, per inde eſt ac ſi coniunctim fuiſſent expreſſe; y jactaſe el Adicionador de traer vna nueua, y ſingular limitacion, videlicet, *hoc procedere quando veriſsimile eſt velle teſtatorem omnes conditiones extare vt locus ſit fideicomiſſo, ſecus ſi veriſſimile eſt quod nolit niſi vnam extare, vt quando aliàs ſequeretur abſurdum*; pone el caſo en la condicion, *ſi deceſſerit antequam ſit in ætate teſtandi, vel ſine liberis*, y murio mayor pero ſin hijos, y reſuelue que entra el ſubſtituto por el fideicomiſſo; *quia dictæ duæ conditiones non poſſunt recte ſtare copulatiue, quia eſſet altera ſuperflua, videlicet illa*, vel ſine liberis, *quia clarum eſt, ſi quis moritur ante pubertatem, non poteſt relinquere liberos ex legitimo matrimonio procreatos, ergo ad hoc abſurdum vitandum deuet ſtare alternatiuè*, y no es ſola eſta la razon, como diximos, y por eſſo añade, *tum ſecundo, quia dictæ duæ ſubſtitutiones reſpiciunt diuerſa tempora, ita, quod ſecunda eſt veriſimiliter, imo manifeſte ſuccedanea primæ, ſiue in defectum primæ ſubrrogatæ, ergo manifeſtum eſt mentem teſtatoris fuiſſe quod ſtarent alternatiue, & quod ſi prima conditio deficeret, ſuccederet ſecunda, & ex ea ſola deueretur fideicomiſſum.*

Eſta manifeſtacion de la mente del teſtador para inducir en eſte caſo el fideicomiſſo, claro eſtà que ha de nacer de la letra, y no pudiẽdo nacer de la alterna-
Num. 154. tiua *Aut*, pues eſtà conforme a drecho ſuena a coniunctiua quando ſe junta a la condicion *ſine liberis*, luego ſe ha de produzir ſolamente de la naturaleza repugnante de ambas cõdiciones, que miran a diuerſos tiẽpos, cõforme aſsiẽta eſte miſmo Autor, ibi: *Quia dictæ duæ conditiones non poſſunt recte ſtare copulatiue*, y aſsi dize, *ſecus in l. generaliter, vbi veriſimilis mens teſtatoris eſt opoſsita, & ibi conditiones ſunt coæquene, ſiue æque principales*; porque entonces la coniunctiua, (en que ſe reſuelue aquel *Aut*, por la diſpoſicion de aquel tex.) puede obrar la exiſtencia de los dos extremos c

pu-

pulados cuya naturaleza no se ressiste à poder existir juntos,no assi quãdo no pueden concurrir por su naturaleza,sino succesiuamente vno en falta del otro,en el qual caso como no se puede obrar cõjũcciõ por la ressistencia de los extremos,no entra la dicha *l.generaliter,vt dixit Rodericus Suarez alleg.27.num.18. vers. decimo reprobatur*, pues no pueden rectè stare copulatiue,como ha assentado Aden, y assi prosigue;*non autem succedanee,nec vna in defectum alterius possita, vt in hoc cassu*,porque entonces la naturaleza de ellas excluye la vnion necessariamente.

Puedo yo traer lugar mas puntual a mi fauor, pues en el queda assentado que estas dos condiciones por su naturaleza non possunt rectè stare copulatiue, porque nõ sunt coæqueuæ, quia respiciunt diuersa tempora,caso en que la coniunctiua no pide el concurso,porque pidiria vn impossible, y assi estamos por su cõfession de Aden en los terminos de la excepcion de la incompatibilidad de los extremos,necessariamente admitida por todos los DD. *vt num.56.*

Las razones de Adẽ deciden a nuestro fauor el caso.

Pero sin embargo destos antecedentes que assentò Aden,que precissamente hazen consequencia al caso de la coniunctiua, y en el mismo antecedente le pone expressamente,ibi:*Quia dictæ duæ conditiones non possunt recte stare copulatiue*; quiere en el caso de estar la substitucion hecha con la condicion *Et*, que espire con la menor edad,(y introduce la distincion de que vsa el motiuo)ibi,*nõ obstat,(vt aliud quod menti occurrit notatu dignum simul expediam,)quod idem in longe fortioribus terminis decidit Paulus de Castro*; si Pablo deCastro,in lõge fortioribus terminis,decidiò lo mismo que Aden, claro està que lo que Pablo de Castro dixo no obsta a Aden, como considerò *Zanco in d. §. cum ita octaua parte num.146.* ibi:*circa quod tamen, vide limitationem positam per Mod. in Apostilijs ad d.cons.88. Alex. pro qua a fortiori videtur facere opi-*

La nouedad le obliga â Aden a econtrarse con Pablo de Castro.

nio

nio Pauli Castr. de qua infra num. 168. licet ipse Med. eum contra se allegare videatur; & propterea reprobet, repruevalo, porque lo alega contra si, y alegalo contra si, porque decidiendo Pablo lo mismo que èl, le aja la novedad a su limitacion de que el tanto se jacta; *ego vero vnam do nouam, & singularem limitationem*; y assi para conseruar su singularidad, quiere introduzir distincion del caso en que entre estas condiciones se pone el *Vel*, al caso en que se ponen con *Et*, pero à esto responderà *Casan. cons. 5. num. 5. vers. quarto vt*, en esta forma.

Quarto (vt notissimis iuris regulis conuincam vel errorem, vel cauillum aduersarii) aduerto, aduersarium non ignorare in hac specie, & ex iure communi, & ex dispositione forali, alternatiuæ, & copulatiuæ parem esse virtutem, cum paria sint alternatiuè dicere, sine filijs vel descendentibus, *vel copulatiuè dicere*, sine filijs, & descendentibus; *quia nullus ignorat vbi filij in conditione ponuntur alternatiuam, fauore filiorum, & descendentium, in copulatiuam resolui ex l. generaliter Cod. de inst. & subst. & foro 4. de testam. & l. Lucius. ff. de hered. inst. ergo Oldradus quambis in alternatiua loquatur, tamen censendus etiam est loqui in copulatiua, cum ex dispositione iuris alternatiua (in qua Oldradus loquitur) fauore filiorum in copulatiuam conuertatur, & ita; & Oldradus, & quotquot eum in alternatiua sequuntur, allegari possunt contra Parisium in copulatiua.*

Entre nuestras disposiciones, tanto monta que estê el *Et*, como *Vel*.

De aqui es, que *Menoq. d. cons. 362. num. 5. y 6.* explicando vna compendiosa substitucion, *si in minori ætate, vel sine liberis*, y diziendo que por la parte especifica, es solamente pupilar, y por la generica, vulgar, y fideicomissaria; dize, *hanc sententiam in specie* (notese el *in specie*) *probat Castr. in cons. 43. substitutio prædicta, num. 2. lib. 2. Testator ita Antonio filio, & Iacobine impuberibus substituerat, & si ambo decesserint in pupillari ata-*

atate, & sine filijs; de suerte, que la decision donde ay Et, la tiene Menoquio por especifica para el caso del Vel. Es al proposito muy particular lugar el de Corneo, *lib.1.cons.297.in prin.* (de que hemos tratado en nuestro n.114.) Y veasse sobre esto nuestro n.131.

De aqui se conocerà que la distinciõ de Aden, que diuersifica estos casos que no tienen distincion, y procedunt æqualiter, es la irracionable, no la decision de Pablo de Castro en la copulatiua, que procede por los mesmos fundamentos porque decidio Aden su limitacion, que es la misma que la de Pablo, pues como dixo Casan. *Ille & quotquot eũ in alternatiua sequũtur allegari possunt in copulatiua*, y assi la razõ y fundamentos de Aden conuienen con Paulo de Castro, aunque la decision, por quererla el hazer singular, la haga contraria à la de Paulo de Castro.

Para su resolucion se vale Aden de la autoridad de Rafael Cumano, pero que tales sean los fundamentos de Cumano lo diximos n.131. y tambien de la razon de que vsa el motiuo en el §. Nec ob hoc superflua videtur, *quia non est de facili præsumendum, propter euitandam superfluitatem, patrem voluisse priuare filium facultate testandi, & disponendi inter viuos.* Autoridad, y razon de que se vale Aden.

Ya queda dicho que no es sola la razon de superfluydad, ni el mismo Aden en el primer caso de su distincion puso sola essa, sino la incontrastable de la repugnancia con que ambos estremos se resisten a la vnion, y en esta no cabe el *non est de facili præsumendum*, pues expressamente consta de la voluntad del testador, que añadio las palabras, *y sin hijos*, por su repugnancia y incompatibilidad, necessariamente para aumentar el grauamen. Respondesele.

Deuo a Ripa (que decide el punto en coniunctiua Et, a nuestro fauor en el n.94.) el lugar de Bart. insigne al proposito, *in l. centurio num.31. vers. Item quæro iuxta prædicta*, donde pregunta en esta substitucion: Autoridad puntual de Bartulo cõtra lo que resuelue Aden.

cion:

cion: *Substituo tali filio meo impuberi, si decesserit sine liberis, vtrum per hoc verbum, videatur impuberi ætatẽ limitasse, vt vlterius hæc substitutio non extendatur;* Iuan Andreas dixo, que no le limita la substitucion, y Bart. dize: *Tu dicas sic, aut illud verbum,* impuberi, *adijcitur verbo dispositiuo, vt filio meo impuberi talem substituo si decesserit sine liberis, & tũc, est verum quod dicit Ioannes Andreas, si vero ponitur, & respicit verbum executibum, vt si filius meus decesserit, filio meo impuberi succedat talis, vel bona mea deueniant in talem, quia illud verbum,* deueniant, & succedant, *sunt verba executiua, licet demonstrationis causa sint adiecta, & tunc requiritur, quod sit impubes cum illi succeditur;* siendo pues en esse caso la substitucion limitada a sola la menor edad, y exclusiua del grauamẽ en la mayor, pone Bartulo esta falẽcia, *falit si ponatur aliquod verbum propter quod apparet testatorem aliud sensisse, vt puta,* siue liberis, *quia tunc videtur voluisse extendi ad substitutionem post tempora pubertatis;* y el mismo Ripa, *in d. l. centurio, n.* 145. dixo: *teneamus igitur sub limitationem Bart. pro qua facit, quod consuluit, Paulus de Castro cons. 43. part. 2.* que es el de las dos condiciones, *si in pupillari ætate, & sine liberis,* de suerte, q̃ este lugar de Bartulo, lo trae Ripa por cõcordante del cons. 43. de Castrense, q̃ decide a nuestro fauor. Lo mismo que Bartulo dixo, *Intrig. de subs. cent. 3. q. 21. num. 94. & 95.* y *Ant. Gom. tom. 1. var. cap. 4. num. 14.*

Vease aora cõ todo lo dicho, si se llamarà facil presuncion la que induce, y dilata el fideicomisso post tempora pubertatis, por las palabras añadidas, *& sine liberis,* ò literal inteligencia de ellas, que excluye las presunciones, quod non est credẽdum patrem voluisse priuare filium suum facultate disponendi, y que non debet operari aumentum odiosi grauaminis, pues ambas presunciones quedan vencidas con la le-

tra

tra expressa, de *& sine liberis, & descendẽtibus eorum,* que contiene nuestro caso.

Fuera de que Cujacio *in consulta. 51. de subs.* afirma, que la sustitucion fideicommissaria no es odiosa, dize assi, *falso restringi liberorũ nomen ad filios, in substitutione fideicomissaria, quod vt aiũt sit odiosa sustitutio, nam si odiosa esset, omissa non subinteligeretur, vt fit in specie l. cum proponebatur de legat. 2. nec contra verba ex interpretatione induceretur, vt in specie l. hæredis, §. cum ita ad Treb. nec de casu traheretur ad cassum, vt fit in specie l. mulier in prin. eo. tit. Omnis voluntas defuncti legitima, fauorabilis est, nam & latius accipitur, l. in testamẽtis 12. de reg. iu. & adiuuatur interpratatione, l. in substitutione de vulg. subs. nõ adiuuaretur si esset odiossa; exhæredationẽ recte dixeris odiossam, l. cũ quidã de lib. & post. ergo non institutionẽ, & si non institutionem, aut substitutionẽ directã, & fideicomissum multo minus, id est substitutionem precariam, quæ vt ait Vlpianus, non ex rigore iuris scibilis proficiscitur, sed ex defuncti voluntate nuda consistit,* y el apendice dize: *Sed si esset dubia, proclibiores esse debemus ad admittendam substitutionem, vt cum hoc modo, Titio facta est substitutio, si sine liberis decesserit, & Titius filium suscepit, verum dubitatur vter prior decesserit Titius an filius, magis fabemus substitutioni, l. ex facto, §. penul. ad Trebelianum, in illo loco,* cũ autem quis ante aut quis postea decesserit non apparet, extitisse cõditionem fideicommissi magis dicendum est, *& l. cogi. §. 1. eodem, in ambiguo id accipitur potius quo sustinetur fideicommissum.* Y lo odioso solo puede considerarse respecto del grauado, pero respecto del testador, y de los llamados fauorable es el fideicomisso; *Fus. de subs. q. 290. num. 10.* Y quando el fideicomisso est inter liberos, pro agnationis conseruatione, nadie le llamò odioso, *idem Fus. ibidem num. 3.* Y la razon lo dicta, que mas ha de querer el padre, que su hazienda

No es tan cierto el que sea odiosa la substitucion fideicomissaria, por lo menos en nuestro caso no lo es.

passe

passe a sus hijos, que dexarla libre para que pueda darla su heredero a vn estraño.

Pues para que es hazer tanto esfuerço en nuestro caso en lo odioso del fideicomisso? Quando el fauor de los hijos substituydos, y la disposicion del testador claramente induce el llamamiento a los siguientes hijos, en caso de morir los primeros menores, y mayores sin hijos, y no que el primer hijo, viendose sin hijos, se incline a dexar su hazienda a vn estraño, ò agenarla viuiendo, quedando a perecer los demas hijos, a cuyo beneficio mirò el padre enel fideicomisso. A mas de que fauores sunt considerandi quando sumus in casu dubio non vero, quãdo in claro, *Intrig. de subs. cent. 3. q. 17. num.* 15. Y el mismo motiuo confiessa la comprehension literal de la substitucion, *si sine liberis*, y la voluntad del testador se ve clara.

Concluyese contra Aden, y se responde al §. rursus non obstat del motiuo.

Parece que con esto queda conuencido Aden, en quanto a la segunda parte de su distincion; pues sus razones y fundamentos para la primera, igualmente proceden en ambas, sin que se pueda considerar distincion, con que parece queda respondido el §. *Rursus non obstat* del motiuo.

Num. 135. Señor, si Casanate que formò sus consejos de las suyas, y de las alegaciones de tan doctos Aduogados como escriuieron en la causa de Quinto, no trae para prueba de su assunto mas razon, ni juntô mas Autores que los referidos, y estos dizen lo que hemos visto, y muchos a nuestro fauor; y los que dizen lo que Casanate, lo fundan en su misma razon, de que no es impossible que el menor engẽdre, malitia suplente ætatem, fundamento, que aunque subsistiera, cessa en nuestro caso, pues no solo dize *sin hijos*, sino *sin hijos y descendientes dellos*; como se puede verificar lo que dize el motiuo? *Secundum Doctorum veriorem & communiorem censuram*, pues de los fundamentos porque se mueuen los pocos que lo dizen, conferidos con los nues-

nuestros se puede ya hazer juyzio, si lo q̃ dizẽ procede *secundum veriorem censuram*; y si a mas de los que traxo Casan. se nos alegaren por su opinion algunos otros DD. haremos la misma diligencia con ellos, que la hecha con los que alegò Casanate, y V. S. harà de vnos y otros la censura que merecierẽ. Aora para que se pueda hazer censura del *communiorem*, referirè los Autores, que en los mismos terminos de substitucion, *si minor decesserit, & sine liberis*, deciden que post pubertatem decedente filio, *sine liberis*, entra el substituto, porque entonces la, Y, suena a disiunctiua, ò orden succesiuo, conforme su naturaleza y propiedad.

Dotores que deciden en terminos, que en la substitucion, si decesserit in minori ætate, & sine liberis, post pubertatem est fideicõmissaria.

Paulus Castrensis cons. 43. aliàs cons. 113. quod incipit *substitutio prædicta, to. 2.* donde acerca deste punto no habla como cõsulente. *Alex. Trent ac. de substit. par. 4. c. 9. num. 23. vers.* quæ conclusio, *Lancelot. Politi. in l. centurio de vulg.* no he visto a *Lanceloto*, *Ripa in l. centurio, ff. de vulg. n. 94.* y satisface a los fundamẽtos contrarios. El mismo *ibidem n. 144.* donde alega por concordante del *consejo 43. de Paul. de Castr.* y vn insigne lugar de *Bart. in l. centurio nu. 30. vers. Item quæro iuxta prædicta* (que pusimos a la letra en el *nu. 134. vers. Deuo a Ripa*) *cui iungẽdus Antonius Gom. tom. 1. var. cap. 4. n. 14.* con los que el alega. Num. 136.

Curt. junior in l. precibus C. de imp. & alij subs. (de quien hablamos en nuestro n. 100.) à n. 66. y concluye el punto estremadamente en el fin del nu. 68. *Hieronymus Zancus, allegatus a Casan. pro contraria parte, in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad S. C. Trebel.* qui

inter alios addit pro nostra opinione, *Capram. & Alexandrinum. Galiaula* (alegado por Zanco) *in l. centurio de vulg. num.* 314. y por nosotros, in nostro num. 133. *Decius in l. generaliter in princ. C. de inst. & subst.*

Nata en las adiciones al consejo 88. del lib. 7. de *Alexand.* que estàn al fin del libro (no las que estàn entre los mismos consejos, que essas no son de Nata, sino de *Moder.* de quien hablamos *n.* 134. al qual, aunque se nos trae por contrario, por las razones que alli dixe, le puedo alegar por esta parte, pues aunque su decision es contraria, su razon es muy a mi fauor, y esta deue preferir.)

Menoch. de præsump. lib. 4. præsump. 51. *nu.* 12. que alega entre otros a *Bald. Alex. Ruin. Anton. Rubeo, Arnoldo Ferron. Paris. Neuizano, Deciano*, y afirma que esta es la verdadera y comun opinion, y en la *præsumption* 34. del mismo *lib. n.* 18. donde dize que es pupilar, dize: *De hoc decimus infra præsumpt.* 1. *n.* 12. *vbi rectius demonstrauimus compendiosam esse.*

Nicolaus Intrigliolus de subst. cent. 3. *q.* 4. *n.* 17. 18. & 19. que alega à muchos *Rodericus Suarez allegat.* 27. *n.* 21. *Cardi. Tuschus concl.* 1035. *n.* 60. *lit. C.*

Dizelo con grã claridad, y magistralmente *Couar. in cap. Rainuntius, de testam. §.* 9. *n.* 2. *vers. duodecimo*, omnino videndus, que quando yo no tuuiera otra autoridad por mi, creyera obtener cõ solo esta. Es muy particular, y decisiuo lugar el citado por *Couarru. de Ferrariense in pract. tit. de forma libel. compend. subst. n.* 18. Y vease el nu. 10. que tiene mucha particularidad, pues supone por materia, en què no ay duda, quãdo ay coniunctiua, ò disiunctiua, porque dicitur poni inter diuersa, razon de la ley *si is qui ducenta in princ. ff. de reb. dub.*

Noster Hieronymus Portol. in scolijs ad Molin. §. alternatiua nu. 13. y ay decision (a mas de las que di-

ze Portoles) de la Real Audiencia, en la causa de la Baronia de Quinto, que fue tan celebre; pues aunque obtuuo D. Garcia, a quien defendio Casanate, esso fue por el ius luendi, pero en quanto a los vinculos sintio la Real Audiencia por D. Christobal, a quien defendio D. Francisco de la Queba, dize assi el motiuo. *Nõ autem recipitur propositio D. Christophori de Funes, olim MuñoZ, quoniam licet verum sit, & fateamur* (provt fatemur) *dictum D. Christophorum ex expressa Ramiri de Funes testantis voluntate fuisse vocatum, constat tamen Serenissimum Alfonsum Aragonum Regem, &c.* y passa al punto del ius luendi; por el qual obtuuo D. Garcia; de suerte, que por la Real Audiencia està calificado el llamamiento de D. Christobal, y esto no pudiera ser, si la substitucion que referimos en nuestro nu. 117. *de si murieren menores de edad, y sin hijos*, se huuiera de reducir a sola la menor edad: Y no pudiera llegar el llamamiento a D. Christobal, sino huuiera passado por este conduto, cuya deficiencia lo extinguia, ora aquellas palabras de *morir menor de edad y sin hijos*, se refieran a los hermanos (caso en que entra la disputa, de si est recedendũ ab Oldrado) ora à los hijos de los hermanos, pues vnos y otros murierõ mayores de edad; y assi auiendo sentido la Real Audiencia por el vinculo, precissamente se sigue el que entendio que la disposicion de morir menor y sin hijos, se verifica en el que muere mayor sin hijos, entendiendola alternatiue, ô ordine succesiuo.

Decide tambien nuestro punto *Aimon Crauet.* cõ otros que alega, *cons. 885. n. 11. lib. 4.* donde dize que siente lo mismo Socino (en el lugar que lo alega por si Casanate.)

Decidelo a nuestro fauor en apretadissimos terminos, *Fus. de subst. q. 245.* donde asienta en el num. 1. quod compendiosa directis verbis facta intra pupillarem est pupillaris, postea expirat. Y en el nu. 30. decla

ra

ra que no procede lo dicho, quando ſubſtitutio eſt facta ſub conditione *ſi ſine liberis deceſſerit*; y en el *n.* 32. dize: *Ampliatur iſta declaratio, & ſi teſtator dixit* ſi filius meus in pupillari ætate, & ſine liberis deceſſerit Titius hæres eſto, *nam adhuc poſt pupillarem ætatem ſubſtitutio erit fideicomiſſaria.* Y en la *q.* 455. que es, vtrum ſi plures conditiones apponantur in ſubſtitutione, omnes ſubſiſtere debeant vt ſubſtitutus admitatur, diſtingue tres caſos, el primero quando las condiciones ſunt appoſite per copulam, y reſuelue, tunc vtriuſque cõditionis exiſtentiam requiri, adeo vt conditio ita debet adimpleri vt nec minimũ quidem deficiat, y en el *num.* 6. dize aſsi: *Declaratur primo non procedere, in cõditionibus*, ſi deceſſerint in pupillari ętate, & ſine liberis, *quia hea cõditiones reſoluuntur in alternatiuam, vt dixi q.* 433. *vbi retuli diſentientes.* Eſta clauſula, *vbi retuli diſentientes*, parece que declara â aquellos DD. por diſencientes del ſentir de Fuſario; y aunque en la queſtion 433, en el num. 2. donde pone la ſegunda opinion, que excluye al ſubſtituto poſt pubertatem decedente inſtituto, dize Fuſ. hanc ego probaui conſulendo ſuper teſtamento Laurentij de Gambaris; por eſſo no ſe declara Fuſario por eſta opinion, ſino ſolamente refiere que como Aduogado defendio eſta opinion en aquel caſo de Gambaris; y para eſſo no es meneſter mas de que ſea prouable. La razon que añade, *Non enim eſt de facili præſumendum patrem voluiſſe priuare filium facultate teſtandi*, denota, que en ſu caſo el ſubſtituydo era eſtraño, pero quando los ſubſtituydos ſon hijos, la preſumpcion eſtâ por los ſubſtituydos, pues es mas natural, y juſto que el padre fauorezca a los hijos viuos, que a la diſpoſicion del hijo muerto, y entonces no ſe dirà odioſo el grauamen que fauorece a ſus propios hijos, para que no puedan ſer deſpojados de ſu hazienda: Y alli dize *Fuſar.* que deſte pũto tratò en la *q.* 111. En efeto en el n. 11.

de

de la question 455. prosigue Fusario, *Sexto declaratur non procedere quando copula ponitur inter contraria, vel incompatibilia quia tūc resoluitur in disiunctiuam.* Y para prueba desto alega el consejo 43. de Paulo de Castro, que habla en terminos destas dos condiciones. *si decesserit in pupillari ætate, & sine filijs.*

En el n. 15 pone el segundo caso, quando inter cōditiones non adest copula, sed adest punctus, *& isto casu*, dize, *punctus stat loco copulæ, vnde casus hic venit tractandus iuxta traddita in præcedenti casu*, y assi no ay para el efecto distincion de vn caso a otro, aya, ò no copula, como se dixo n. 131. y lo assentò *Couarr. vbi sup.*

De aqui es, que el mismo *Fusario* en la *q.* 111. (a q̃ se remite en la *quæst.* 433.) aunque pone la questiō sin copulatiua, los Autores que alega por ambas opiniones, promiscuamente hablan con copulatiua, y sin ella; y es de aduertir, que los mas de los DD. que alega para que en el caso *si filius sine liberis in pupillari ætate decesserit substituo Caium*, sea sola pupilar, lo que dizen es, que decedente filio in pupillari ætate es pupilar, lo qual yo no niego, pues esto es de la naturaleza de compendiosa. ò hablan en terminos de substitucion verbis directis facta, en la qual quieren muchos que la compendiosa pierda su naturaleza, y solo quede pupilar ex dispositione iuris, *l. verbis cibilibus*, *l. in pupillari*, *ff. de vulg.* y assi apenas se hallarà encuentro entre estos Dotores, y los del num. 2. que alega para que etiam facto pubere sit fideicomissaria. Y en el nu. 4. amplia la primera opinion al caso de estar la coniunctiua, *Et.* entre las dos, y dize que en este caso hallan menos dificultad aquellos DD. que es lo que dixo Alciato, por la naturaleza de la coniunctiua; pero ya queda prouado que es lo mismo que estè, ò no estè, y aun es mas claro a nuestro fauor quando ay *Et.* ò *Vel*, (que lo mismo es lo vno que lo otro, *vt dictum*

est ex Ferrarien.) Finalmẽte en el n.7.y 8, limita Fus. la primera opinion, vt non habeat locum quando testator dixisset, filio meo impuberi, si sine liberis decesserit, ò, si filius meus impubes decesserit sine liberis substituo Titium, quia erit compendiosa.

Que nuestro caso està fuera de los terminos de la question, y razon de dudar.

Nu. vltimo. Hame dado que pensar la razon desta limitacion, y falencia que pone Fussario a la opinion de los que quieren reduzir a sola la pupilar la substitucion, *si in minori ætate, & sine liberis*, que la limita en el caso dõde entra el *impubes, & sine liberis*, que entõces le dan lugar en la mayor edad, y tambien las hallo consideradas como distintas en *Intrigl. de subst. cent. 3. q. 4. num. 17. & 19.* y el mismo *Fuss. q. 233. nu. 17.* y 19. donde se remite a esta question 111. lo mismo hallo en *Menoch. præsump. 51. nu. 12. & n. 13.* dize, que ambas son compendiosas, pero que este caso de *si impubes*, ex Couar. habet minus dubitationis quam precedens, y mas que todos haze reparar, *Couar. in d. vers. duodecimo*, donde despues de auer dicho en la substitucion, *si filius in pupilari ætate decesserit sine filijs substituo Sempronium*, que etiam si factus pubes decedat sine liberis erit locus fideicommissariæ substitutioni, dize: *esset tamẽ minus dubia hæc opinio si substitutio his verbis fieret*, si filius meus impubes deceserit sine liberis substituo Sempronium, *tunc enim dubio procul esset hæc substitutio intra ætatem pupillarem, pupilaris, postea verò fideicommissaria.* Y es muy al proposito el lugar que cita de Ferrariense, donde nu. 10. hablando del caso donde entra el *impubes, & c.* dize: *idẽ fortius est tenẽdũ.* Y para Cobarruuias es lo mismo que aya, o no aya el *Et*, vt dictum est in nostro n. 131.

y pa-

y para Fusario, vt ibidem mostrauimus (solo para Ferrariense es mas indubitable a nuestro fauor quando entra el *Et, vt in d. num.* 131.) desuerte que no es materia de opiniones, ni disputa este caso, quando se dize: *si decesserit impubes, & sine liberis*, sino que entonces procede lo que pretendemos, dubio procul, segun Couarruuias, y los demas de arriba.

Y aunq̃ estas dos substituciones. *si in ætate pupilari, & sine liberis*, y la de si *impubes, & sine liberis decesserit*, prima facie, parezcan vna misma. Pero en haziendose el reparo, se viene la diferencia à los ojos, la razon es, porque impubes est, nõdum pubes factus, como dixo *Brison. de verb sig. verbo impubes*, por el texto, *in l. 229. de verb sig. proinde*, dize Brison, *impubes, & pubes aduersantur l. 3. §. puberi, de Carbon, & dic. vt puberes, & impuberes, l. 9. ff de reb. dub. & ibidem puber est masculus & fœmina potens*, latè *Narb. in annalibus, anno 14. q. 1.* cuyo titulo es, *pubertas, quando incipiat & finiatur*; y aunque se proscribiò por la indecencia, la antigua costumbre de inquirir la pubertad ex habitu corporis, y se prescribiò tiempo determinado para tener a vno por pubere, in masculis 14. años, y 12. en las hembras, *Inst. quibus mod. tut. finit. in princ. Narbona nu.* 15. Pero sin embargo, si se manifiesta antes de los 14. años, que vno es pubes, precissamente dexarà de ser impubes.

De aqui es, que como para la substitucion pupilar se requiera que el hijo sea, *impubes l. moribus, ff. de vulg. simul atq; pupilo nascitur filius pupilaris substitutio finitur, Bart. in l. in pupilari, ff. de vulg. in fine, per leg. ex facto in princip.* ibi: *Vt quemadmodum iure cibili pubertate finitur pupilare testamentum*, §. qua ratione inst. de pupilari subst. ibi: *Et hoc ad exẽplum pupilaris substitutionis, quæ posquam pupilus ADOLEVIT infirmatur. Ripa in l. Centurio de vulg. num.* 94. y el mismo Ripa *in d. l. moribus num.* 38. dixo *pupila-*

ris

ris dicitur: illa si decesserit antequam nupsserit, & expo-nitur, id est, nubilis; y assi *Bart. in d. l. moribus num.* 5. dize, que aunque por estatuto no pudiesse testar vn menor de 25. años, no por esso pater potest ei testari pupilariter: *Nam in pupilo est ratio deficientis ætatis, vt quia non potest habere filios*. Pero en teniendolos, como ya dexa de ser impubes, expira la pupilar.

Cō esto queda descubierto el misterio; porq̃ como en el impubes sea imposible el engēdrar, pues para esso es necessario ser pubes, y el fundamēto, tal qual; con que se apoyan los DD. de la otra opinion, es, que dentro los 14. años es possible, aunque raro, el casarse, y tener hijos, y esse no puede tener entrada, y cabimiento en la substitucion, *si impubes decesserit, & sine liberis*, pues aunque se halle menor de 14. años que engendre, no se hallarà que vn impubes engendre. De aì es, que quando para el caso de *morir de menor edad, y sin hijos*, aya alguna razon de dudar, por dezir que no le es imposible al menor de 14. años el tener hijos, y quieran que el padre mirase a esse caso raro, pero en el impubes toda razon de dudar cesa; pues ser pubes, è impubes, son cosas contrarias, y es imposible que vn impubes engendre, y assi en este caso la substitucion, *sine liberis*, mira a sola la pubertad, pues a la impubertad no puede.

Señor, esta misma razon que haze indubitable el caso de la substitucion, *si decesserit impubes, & sine liberis*, por ser imposible el tenerlos el impubes de toda imposibilidad, milita en mi caso, pues la substitucion de nuestro testador fue, *si mi hijo muriere menor de edad, y sin hijos, y descendientes de ellos legitimos*. Y tan impubes es el menor de 14. años, para tener dentro de los 14. años hijos, y nietos, como el impubes para tener hijos; pues no es menor la imposibilidad que ay del impubes, siendolo, a engendrar, que del menor, siendolo, a tener nietos; y assi podemos de-

zir,

zir, aun para los Autores que refiere Fusario en la *q.* 111. *num.* 1. por contrarios, que nuestro caso està comprehendido en la limitacion de su *num.* 7. y 8. y en el *multo fortius* de Ferrar. y en el *proculdubio* de Couarruuias, y libre de la menor razon de dudar.

De lo dicho resulta, no solamente, que en los terminos de *si muriere menor, y sin hijos*, la mas verdadera, y comun opinion nos assiste, de que muriendo el hijo instituydo, mayor, y sin hijos, entra el substituto; sino que nuestro caso, en que se añade, y *sin descendientes dellos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados*, (pues no pudo el testador considerar a su hijo, dentro de los 14. años, dumtaxat, con contingencia de tener hijos, y nietos,) està totalmente fuera de la question, y duda, que este ha sido el fin pretendido por mi en esta informacion, en la qual, lo que a mi ha tocado, ha sido el procurarlo, lo que a V. S. toca es, la seguridad del acierto, a cuya equidad, y justicia, que reyna en este gran Tribunal dirè con Virg. 1. AEneid.

Tuum, o regina, quid optes
explorare labor, mihi iussa capessere fas est.

Hasta aqui auia llegado, quando V. S. me manda parar. Del segundo punto de la vendicion nula, y simulada, tratarè quando V.S. fuere seruido oirme; bien que si V. S. tuuiesse por solidos los fundamentos del vinculo, podria escusarse esta segunda contienda. En esto, y en todo aplico mi obediencia a las ordenes de V.S. que venero por ley. Setiembre 25. de 1649.

zir, esto para los Autores que refiere Fulano en [illegible] q. 3 3 [illegible] n. 1. por contrario, que nuestro caso esta comprehendido en la limitacion de su num. 7. y 8. y en el mismo [illegible] de Fattor. y en [illegible] de Covarrubias, y libre de la menor razon de dudar.

De lo dicho resulta con suficiente, que aunque tenemos [illegible] y su hijo [illegible] verdadero, y comun opinion nos asiste, de que muriendo el hijo instituido en mayor, y sin hijos, entra el substituto; sino que nuestro caso, en que se añade, y no dejare [illegible] de su [illegible] y de legitimo matrimonio [illegible] (pues no pudo el testador considerar su hijo, dentro de los 14. años, durante; con contingencia de tener hijos, y nietos,) [illegible] de la qualidad, y [illegible], que esta ha sido el [illegible] pretendido por mi en esta informacion, la qual, lo que [illegible] toca [illegible] el procurarlo, lo que a V. S. toca es la seguridad del acierto, a cuya equidad, y justicia que reyna en este gran Tribunal dire con Virg. 2. AEneid.

Tuus, o regina, quid optes

explorare labor, mihi iussa capessere fas est.

Hasta aqui avia llegado, quando V. S. mando ya passar. Del segundo punto de la venduccion [illegible], y [illegible] [illegible] quando V. S. [illegible] servido oirme; bien que si V. S. oviesse por [illegible] los fundamentos del [illegible], podria [illegible] esta segunda [illegible]. En esto, y en todo [illegible] obediencia a las ordenes de V. S. que [illegible] por ley. Setiembre [illegible] de [illegible].

TITVLOS EN QVE SE DIVIDE este punto del Vinculo, los quales se ponen aqui juntos, para que con facilidad se encuentre con lo que se buscare.

Ref-

Num. 107. Respondese a la ponderacion, que haze el motiuo en el §. Et tandem licet in viam iuris, de las palabras, *en dicho caso.*

Num. 109. Respondese al §. Ex his etiam diluitur, que es el vltimo, sobre no auer nombrado Martin tutores a sus hijos en su testamento.

Num. 114. Otra consideracion por si sola bastante a la decission del punto principal, por vna dotrina magistral de Bart.

Num. 115. Entrase en la aueriguacion de los DD. sobre la clausula del motiuo en el §. 1. ibi: Secundum Doctorum veriorem & communiorem censuram, passando muestra de los que alega por si Casan.

Num. 134. Tratase con mas particularidad del lugar de Adẽ, al consejo 88. de Alex. que es la materia del §. Rursus non obstat del motiuo, a que se responde.

Num. 136. Dotores in terminis, que deciden que en la substitucion si decesserit in minori ætate, & sine liberis, decedente instituto post pubertatem admittitur substitutus.

Nu. vltimo. Que nuestro caso està fuera de los terminos de la question, y razon de dudar.